



LESS IS MORE



PROPOSITIONS POUR SIMPLIFIER ET AMÉLIORER
LE PROCESSUS NORMATIF EUROPÉEN
DANS LE SECTEUR DES SERVICES FINANCIERS

RAPPORT D'UN GROUPE D'EXPERTS

10 FÉVRIER 2025

Avec le soutien des associations européennes



© Couverture : Reprise de l'illustration de couverture de la version anglaise de ce rapport, février 2025.

LESS IS MORE

***Propositions pour simplifier et améliorer le processus
normatif européen dans le secteur des services financiers***

Rapport d'un groupe d'experts

10 février 2025

“La semplicità è il massimo della raffinatezza”

Leonardo da Vinci

“Weniger ist mehr”(Less is more)

Ludwig Mies van der Rohe

“La simplicité absolue est la meilleure manière de se distinguer”

Charles Baudelaire

Préface de Jacques de Larosière

Je suis très heureux d'avoir été invité à préfacer le rapport « *Less is more* ». J'ai suivi le travail qui a été accompli par ses auteurs et je tiens à leur apporter ma contribution. Ayant été, à travers le comité que j'ai présidé en 2009, à l'origine de la création des Autorités Européennes de Surveillance (ESAs), je pense avoir quelque titre à faire part aux lecteurs de mes réactions au rapport.

Les auteurs de « *Less is more* » partagent avec moi une conviction simple mais fondamentale : celle d'œuvrer pour l'unification des normes financières européennes et de la supervision au service du développement, de la compétitivité et de la stabilité de nos économies. Du point de vue de l'unification, il faut reconnaître que les ESAs ont bien travaillé.

Mais comme le souligne le rapport, ces objectifs fondamentaux sont loin d'avoir totalement abouti.

Je pense notamment que pour corriger les défauts qui sont soulignés dans le rapport, et en particulier la surabondance de textes et les questionnements sur leurs effets contraignants, il faudrait changer le point de vue et l'état d'esprit avec lesquels ces problèmes sont abordés.

Ainsi, au-delà des différentes solutions esquissées dans le rapport, pour que les conseils d'administrations des ESAs contribuent encore davantage à parfaire l'œuvre commune, il me semble que l'on gagnerait à ce que les administrateurs des ESAs puissent être choisis parmi les autorités chargées de la réglementation plutôt que parmi les superviseurs, et en tout cas que leur provenance soit davantage diversifiée. Une autre suggestion consisterait peut-être à faire en sorte que les réunions soient moins nombreuses mais que les régulateurs de haut niveau y participent en personne. Cette proposition peut paraître superficielle. Elle est en fait essentielle car les régulateurs au niveau décisionnaire sont les plus capables d'arriver à des compromis fructueux et recentrés sur l'essentiel.

En fin de compte, je partage avec « *Less is more* » une idée fondamentale qui dépasse de beaucoup le sujet des normes : ce qui est important, c'est de faire avancer les choses vers le bien commun plutôt que défendre des gouvernances ou des institutions qui ne sont pas des fins en soi.

Jacques de Larosière

Ancien Directeur général du FMI, Gouverneur Honoraire de la Banque de France, Ancien Président de la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement

Composition du groupe d'experts

Conseil scientifique

Prof. SOUSI Blanche	Professeur émérite – Chaire Jean Monnet (<i>ad personam</i>) de droit bancaire et monétaire européen, Université Jean Moulin Lyon 3, Membre du Comité scientifique de l'AEDBF
Prof. ROUAUD Anne-Claire	Professeure de droit privé, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, co-directrice, Sorbonne Affaires/Finance, Présidente de l'AEDBF France
Prof. PAILLER Pauline	Professeure de droit privé, Université Paris Cité, membre du Comité scientifique de l'AEDBF France
Prof. MARTUCCI Francesco	Professeur de droit, Université Paris-Panthéon-Assas, Directeur du Master Droit européen Parcours marché et régulation

Direction

DELAHOUSSE Elisabeth	Responsable des affaires européennes, Fédération Nationale de Crédit Agricole, Membre fondateur de l'AEDBF et membre du Conseil d'administration de l'AEDBF France elisabeth.delahousse@ca-fnca.fr eulessismore@gmail.com
-----------------------------	--

Liste des contributeurs par ordre alphabétique

ABBOU Jennifer	Juriste, Veille juridique & Relations institutionnelles, Crédit Agricole Personal Finance & Mobility
AKBAL Ismail	Conseiller affaires réglementaires, Internationale Interessenvertretung Finanzmarkt, Österreichischer Genossenschaftsverband (ÖGV)
Prof. ANNUNZIATA Filippo	Professeur de droit des marchés financiers, Università commerciale Luigi Bocconi, Milan
Prof. BERCEA Lucian	Professeur, West University de Timisoara, Roumanie, Membre du Comité scientifique de l'AEDBF

BOUCARD François	Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Membre du Conseil d'administration de l'AEDBF France
BOUMA Peter	Expert au département juridique, Rabobank
BOURIN DION Catherine	Directrice au ministère de la Justice, Direction Lutte BC/FT, Luxembourg
BRECHOT Yasmina	Juriste, Experte en Régulation bancaire, Confédération Nationale du Crédit Mutuel
De BROUWER Sébastien	Directeur adjoint de la Fédération Bancaire Européenne
CARRIOU Dominique	Responsable des affaires réglementaires, ESG (European Savings and Retail Banking Group)
Prof. CATALIN-SILVIU Săraru	Professeur associé, Faculté de droit de l'Université d'études économiques de Bucarest, Membre de l'AEDBF Roumanie
CHAMPSAUR Amélie	Avocat au barreau de Paris, Cleary Gottlieb
CHEIKH Asmaa	Responsable de la coordination du pôle de Règlementation bancaire et financière, Direction des affaires juridiques, Groupe Société Générale
Prof. CONAC Pierre-Henri	Professeur à l'Université de Luxembourg, Directeur adjoint du Centre de droit européen, Membre de l'Institut Max Planck, Luxembourg
CREMERS Thiebald	Docteur en droit, Directeur Affaires juridiques, AMAFI, France, membre du Conseil d'administration de l'AEDBF France
DELAHOUSSE Elisabeth	Responsable des affaires européennes, Fédération Nationale du Crédit Agricole, Membre fondateur de l'AEDBF et membre du Conseil d'administration de l'AEDBF France
DE MEULENEERE Inez	Présidente du Conseil d'administration de l'AEDBF Belgium, Membre du Conseil d'administration de l'AEDBF
DOMERACKA-SMOLNA Ewelina	Conseillère juridique SOZ BPS, Association Nationale des Banques Coopératives (KZBS), Pologne
Prof. Dr. DONATH Philipp	Professeur de Droit constitutionnel, Droit de l'Union européenne et Droit du travail, University of Labour, Frankfurt am Main
FERRETTI Roberto	Vice-Président de l'AEDBF, Professeur adjoint de droit des affaires et du numérique à l'Université Ca' Foscari di Venezia, Italie, Avocat au barreau de Milan

FOREST Jean-Baptiste	Avocat au barreau de Paris
FUNERED Urban	VD / CEO, Swedish Securities Markets Association
GEHLER Svetlana	Représentant la German Savings Banks Association (DSGV) auprès des autorités européennes de surveillance bancaire
GILLEN Marie-Paule	Avocate, Associée, Banking & Financial Services practice, DSM Avocats à la Cour, Présidente de l'AEDBF Luxembourg, Membre du Conseil d'administration de l'AEDBF
GILLOUARD Marie	Responsable Relations institutionnelles, Crédit Agricole Personal Finance & Mobility
HASCOËT Pauline	Conseillère gouvernance et finance durable, European Association of Cooperative Banks
HEEGEMANN Volker	Chef de service, European Association of Cooperative Banks
JOUFFIN Emmanuel	Responsable Référentiel SSI et Veille Réglementaire, Direction Cyber Sécurité, Groupe La Banque Postale
JOVET Caroline	Juriste Expert Distribution Assurance, BNP Paribas Cardif
KACZMAREK Marcin	Chef spécialiste, IPS-SGB, Association Nationale des Banques Coopératives (KZBS), Pologne
KRAKOWIAK Michał	Conseiller gestion, Association Nationale des Banques Coopératives (KZBS), Pologne
LACROIX Frederick	Avocat au barreau de Paris, membre du Conseil d'administration de l'AEDBF France
Prof. Dr. LEHMANN Matthias	Professeur à l'Université de Vienne et à l'Université Radboud de Nimègue
LIEGL Silvia	Directrice générale de l'association professionnelle Volksbanken, Responsable affaires réglementaires
LOUIS Isabelle	Responsable Veille réglementaire, Crédit Mutuel Alliance Fédérale
Prof. LUCANTONI Paola	Professeur de droit des marchés financiers, Università di Roma Tor Vergata, Membre du Comité scientifique de l'AEDBF
MACOURS Kristof	Secrétaire général du Groupe Euroclear, Membre du Conseil d'administration de l'AEDBF Belgium

Prof. MARTUCCI Francesco	Professeur de droit à l'Université Paris Panthéon Assas, Directeur du Master Droit européen, Parcours marché et régulation
MEYER Glenn	Avocat Associé, en charge des services bancaires et financiers, Arendt & Medernach, Luxembourg
MOLDOVAN Cristina Elena	Doctorante, West University de Timisoara, Roumanie/Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Prof. MONDINI Paolo Flavio	Professeur d'économie à l'Université Catholique du Sacré Coeur, Milan
NAVARRO GARCÍA, María Paz	Responsable de la réglementation, des services interbancaires et des projets de coopération, Confederación Española de Cajas de Ahorros
NOGUEIRA Tiago	Avocat au Barreau de Luxembourg, Associé Elvinger Hoss Prussen
Prof. PAILLER Pauline	Professeure de droit privé, Université Paris Descartes, Membre du Comité scientifique de l'AEDBF France
PANETTA Gianpaolo	Doctorant, Università di Roma Tor Vergata
PARTSCH Philippe Emmanuel	Avocat, Associé en charge de la pratique Droit financier et concurrence de l'UE, Arendt & Medernach, Luxembourg
PEDRIZZETI Jérôme	Responsable relations de place et veille réglementaire Direction juridique Crédit Agricole SA
PERCIE du SERT Gonzague	Responsable du Département Veille règlementaire, Groupe La Banque Postale
POPA TACHE Cristina Elena	Directrice, International Institute for Analysis of Legal and Administrative Mutations, Roumanie
QUELHAS Daniela	Expert normes financières, BNP Paribas, Chargée de séminaires au sein du Master 2 Droit des affaires à l'Université Paris I Panthéon - Sorbonne, Membre de l'Institut de recherche Juridique de la Sorbonne
RADOMIŃSKI Łukasz	Responsable du département d'analyse de crédit, Bank Spółdzielczy w Brodnicy, Pologne
Prof. ROUAUD Anne- Claire	Professeure de droit privé, Université Paris 1 Panthéon - Sorbonne, co-directrice, Sorbonne Affaires/Finance, Présidente de l'AEDBF France
ROUSSEAU Elisabeth	Juriste Conseil Expert en réglementation bancaire et financière, Groupe BPCE

SCACCHI Ines	Responsable des affaires réglementaires, ESBG (European Savings and Retail Banking Group)
Dr. SCHMATZBERGER Thomas	Juriste, Association of Austrian Raiffeisenbanks
SORENSEN Dan	Directeur, Nykredit Bank
Prof. SOUSI Blanche	Professeur émérite – Chaire Jean Monnet (<i>ad personam</i>) de droit bancaire et monétaire européen, Université Jean Moulin Lyon 3, Membre du Comité scientifique de l'AEDBF
STERZENBACH Michael H.	Secrétaire Général, Bundesverband der Wertpapierfirmen, Federal Association of Investment Firms
SUMANDEA-SIMIONESCU Ioan	Chercheur, Université Babes-Bolyai de Cluj-Napoca, Roumanie
TRESCHER Piotr	Chef de département juridique et administration, Spółdzielczy System Ochrony SGB
Prof. VENTORUZZO Marco	Professeur de droit des sociétés et des marchés financiers, Università commerciale Luigi Bocconi, Milan, et Chairman AMF Italia – Italian Association of Financial Markets Intermediaries
WILK Michał	Directeur du département d'aide et de restructuration SOZ BPS, Association nationale des banques coopératives (KZBS), Pologne

Les universitaires membres du groupe d'experts, y compris les membres du Conseil scientifique, sont intervenus à titre gracieux.

REMERCIEMENTS

Tous nos remerciements vont aux membres du groupe de travail *ad hoc* et à tous les contributeurs intervenus via les associations européennes ou à titre individuel mais aussi à ceux qui ont soutenu le projet *Less is more*, en particulier :

Jacques de Larosière

Stéphanie Yon-Courtin, députée européenne

Markus Ferber, député européen

Roberto Ferretti, Président jusqu'en octobre 2024 de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (AEDBF)

Pierre Minor, Président jusqu'en octobre 2024 de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier, pour la France (AEDBF France)

Nina Schindler, Directrice générale de l'European Association of Cooperative Banks (EACB), Présidente de l'European Banking Industry Committee (EBIC) depuis février 2025

Wim Mijs, Directeur Général de l'European Banking Federation (EBF)

Peter Simon, Directeur Général de l'European Savings and Retail Banking Group (ESBG) et président de l'European Banking Industry Committee (EBIC) jusqu'en février 2025

Stéphanie Hubert, Directrice Générale de l'Association Française des Marchés Financiers (AMAFI)

Thomas Groh, Directeur Général Adjoint, Fédération Nationale de Crédit Agricole (FNCA)

Alban Aucoin, Directeur des affaires publiques Groupe Crédit Agricole SA (CAsa)

Céline Haye-Kioussis, Directrice juridique BPCE et Présidente de l'Association Nationale des Juristes de Banques (ANJB)

Nous remercions également les représentants d'institutions ou autorités rencontrés à titre informel.

TABLE DES MATIERES

Préface de Jacques de Larosière	5
Composition du groupe d'experts	6
REMERCIEMENTS.....	11
Résumé	15
Liste des sigles	19
INTRODUCTION.....	21
I- UNE INFLATION NORMATIVE ET UN DEPLACEMENT DU POUVOIR NORMATIF, SOURCES DE DIFFICULTES	28
1. Les constats	28
1.1. La prolifération des mandats donnés à la Commission européenne et aux ESAs 28	
1.1.1. Le principe : les actes de niveau 2, des actes sans choix politique	28
1.1.2. Le constat : un principe souvent perdu de vue.....	29
1.2. Les insuffisances du processus normatif	32
1.2.1. Des consultations insuffisantes.....	32
1.2.2. Des projets entérinés bien souvent sans modification par la Commission européenne.....	34
1.2.3. Une faculté d'objection du Parlement européen et du Conseil restreinte et peu utilisée	35
1.3. La <i>soft law</i> , source d'insécurité juridique	36
1.3.1. Des actes toujours plus nombreux.....	36
1.3.1.1. Les orientations des ESAs et de l'AMLA	36
1.3.1.2. Les Q&A des ESAs.....	38
1.3.1.3. Les autres actes de <i>soft law</i> des ESAs.....	40
1.3.1.4. La <i>soft law</i> de la BCE	41
1.3.1.5. La <i>soft law</i> du CRU	43
1.3.1.6. La <i>soft law</i> d'origine privée	44
1.3.2. Des actes à la portée incertaine.....	45
1.3.3. Des actes soumis à un contrôle juridictionnel insuffisant	48
1.3.3.1. Un accès au juge restreint	48
1.3.3.2. Un contrôle ineffectif	50
2. Les conséquences	51
2.1. Inflation, instabilité et complexification normatives	51
2.2. Fragilisation de l'équilibre institutionnel, du principe démocratique et de la compétitivité de l'Union européenne	56

II- DES SOLUTIONS A PORTÉE DE MAIN, DANS L'ESPRIT DU RAPPORT LAROSIÈRE	59
1. Évaluer, simplifier et améliorer le processus normatif	59
1.1. Évaluer et simplifier le cadre normatif existant	59
1.2. Limiter les propositions et les clauses de réexamen	61
1.3. Limiter le nombre et préciser davantage le contenu des délégations ...	62
1.4. Améliorer le processus de production des normes.....	64
1.4.1. Améliorer le contenu des études d'impact	64
1.4.2. Renforcer la prise en compte de la compétitivité par les ESAs.....	67
1.4.3. Renforcer le processus de consultation des parties prenantes.....	69
1.4.4. Clarifier le fonctionnement des comités d'experts.....	71
1.4.5. Modifier le fonctionnement des groupes des parties intéressées...	72
1.4.6. Rendre plus transparent le processus d'adoption des actes de niveau 2	73
1.4.7. Anticiper les difficultés de calendrier	74
1.4.8. Réformer la gouvernance des ESAs.....	77
1.4.9. Réformer les conditions d'adoption de la <i>soft law</i> par la BCE et le CRU	77
1.5. Améliorer le processus de réception des normes.....	78
1.5.1. Clarifier le processus de « <i>comply or explain</i> » (« appliquer ou expliquer »).....	78
1.5.2. Faciliter l'accès aux textes de niveau 3.....	79
1.6. Dresser une taxonomie de la <i>soft law</i> européenne dans le secteur des services financiers.....	80
2. Renforcer le contrôle de la production des textes de niveau 2 et 3.....	80
2.1. Renforcer le contrôle politique	81
2.1.1. Le contrôle des actes de niveau 2.....	81
2.1.1.1. Renforcer le droit d'amendement de la Commission	81
2.1.1.2. Renforcer l' <i>accountability</i> devant le Parlement européen et le Conseil	82
2.1.2. Le contrôle des actes de niveau 3 : la procédure d'avis motivé	85
2.2. Renforcer le contrôle juridictionnel des actes de niveau 3.....	87
2.2.1. Renforcer les voies de contestation en veillant au respect de l'obligation de transmission des questions préjudicielles à la CJUE.....	87
2.2.2. Assurer un contrôle rigoureux.....	87
2.3. Développer les recours précontentieux	88
3. Revoir les pratiques des établissements financiers.....	90

ANNEXES	92
Annexe 1 : Rappel du processus Lamfalussy	93
Annexe 2 : Le renforcement des pouvoirs des comités de niveau 3 conformément aux recommandations du rapport Larosière	94
Annexe 3 : Références des publications citées dans l'introduction relatives à la place excessive des actes de niveau 2	95
Annexe 4 : Tableau EACB sur les exemples de difficultés posées par les textes de niveau 2 et 3	97
Annexe 5 : Focus sur la finance durable.....	115
Annexe 6 : Analyse de la jurisprudence de la CJUE et du Conseil d'Etat français en matière de <i>soft law</i> européenne.....	118
Annexe 7 : Propositions de modifications des règlements instituant les ESAs pour renforcer la prise en compte, par les Autorités, des impacts de leur activité sur la compétitivité internationale de l'UE	123
Annexe 8 : Propositions pour améliorer le processus de consultation	125
Annexe 9 : Analyse de la procédure de l'avis motivé de l'article 60 <i>bis</i> des règlements instituant les ESAs et propositions de modifications des articles 16 et 60 <i>bis</i> des règlements instituant les ESAs et de l'article 54 du règlement instituant l'AMLA.....	136
Annexe 10 : Tableau récapitulatif des situations nationales.....	146
Annexe 11 : Chiffres clés.....	151
GLOSSAIRE	158

Résumé

La dégradation de la compétitivité européenne, en particulier celle du secteur financier, est de plus en plus mentionnée dans le débat public, tout comme le sentiment d'éloignement croissant des citoyens européens vis-à-vis de la réglementation européenne mais leurs causes premières sont rarement analysées.

Parmi les facteurs explicatifs figurent l'inflation de la législation européenne de niveau 1 (directives et règlements), mais aussi la multiplication des textes de niveau 2 (actes délégués, normes techniques de réglementation (RTS, *Regulatory Technical Standards*) ou d'exécution (ITS, *Implementing Technical Standards*)) et de niveau 3 (*soft law*, par exemple orientations, guides, Q&A). Certes, des champs d'intervention nouveaux sont apparus (notamment le numérique, la finance durable) et des crises ont incité au renforcement de la réglementation prudentielle. Mais **les textes sont de plus en plus nombreux et détaillés, très exigeants en capital, bureaucratiques et instables. Au final, le corpus de normes européen est très complexe, difficilement lisible, coûteux et trop souvent sans véritable fondement politique ou juridique ni contrôle effectif.**

Un groupe *ad hoc* de professeurs de droit, d'avocats et de juristes de banques et institutions financières européens a travaillé plus de deux ans avec le concours de l'Association Européenne pour le Droit bancaire et Financier (AEDBF) et des principales associations bancaires européennes (Fédération Bancaire Européenne (EBF, European Banking Federation), Groupement européen des banques coopératives (EACB, European Association of Co-operative Banks), Groupement des caisses d'épargne et banques de détail (ESBG, European Savings and Retail Banking Group) et le soutien du Comité européen de l'industrie bancaire (EBIC, European Banking Industry Committee) et du Forum européen des associations de valeurs mobilières (EFSA, European Forum of Securities Associations).

Le rapport *Less is more*, fruit de ces travaux et préfacé par Jacques de Larosière, souligne les glissements constatés dans le processus de production normative européen dans le secteur des services financiers, analyse leurs causes et conséquences et propose des solutions.

Le premier constat concerne le nombre et le volume des textes. A titre d'exemple, le « paquet bancaire » de 1000 pages publié au printemps 2024 a confié à l'EBA (Autorité bancaire européenne) 139 mandats pour élaborer des standards techniques ou des orientations, alors que le « paquet bancaire » précédent, de 2019, comptait 500 pages et prévoyait 62 mandats.

L'utilité des mandats confiés par les colégislateurs que sont le Parlement européen et le Conseil n'est sur le principe pas contestable, notamment pour faciliter une mise en œuvre rapide et harmonisée de la législation européenne. Cependant, leur multiplication aboutit de fait à déplacer le pouvoir normatif vers la Commission européenne et plus encore vers les autorités européennes de surveillance (ESAs), surtout lorsque, comme cela est fréquent, des éléments essentiels sont renvoyés au niveau 2 pour parvenir rapidement à un accord sur le texte de niveau 1 alors qu'ils

nécessiteraient des arbitrages politiques. Ces glissements fragilisent l'équilibre institutionnel de l'Union, le principe démocratique et le principe de sécurité juridique.

En outre, ces textes sont le plus souvent adoptés sans véritable étude d'impact préalable et sans dialogue suffisant avec les parties prenantes.

Par ailleurs, les ESAs, le Conseil de Résolution Unique et la Banque centrale européenne (BCE) multiplient les initiatives, sans mandat spécifique, sous forme de *soft law* (recommandations, avis, orientations, guides, lettres, questions-réponses, déclarations publiques, etc.), qui ajoutent souvent de nouvelles obligations par rapport à celles prévues dans les directives et les règlements. Ainsi, une trentaine de guides ont été publiés par la BCE. Ces actes sont en droit non contraignants mais les superviseurs, et en particulier la BCE, les appliquent quasi-systématiquement et attendent des établissements qu'ils fassent de même.

Enfin, les différents niveaux de normes européennes, très détaillés, peuvent être contradictoires entre eux et les textes de niveau 3, en particulier, en opposition avec des droits nationaux.

Or, on constate une difficulté à obtenir un contrôle véritable de ces actes par la Commission, le Parlement européen et le Conseil, mais aussi en justice. Ainsi, la commission ECON au Parlement a été invitée à examiner 193 actes délégués entre 2019 et 2024, soit plus de 3 actes à examiner par mois, ce qui apparaît difficile en pratique¹.

La complexité normative européenne est ainsi devenue un risque.

Face à ces constats, **il apparaît d'une part nécessaire de stabiliser et simplifier le corpus normatif existant, d'autre part**, lorsqu'une unification plus poussée du marché européen nécessite une nouvelle réglementation, **de revenir à un meilleur équilibre institutionnel, en renforçant la prise en compte de l'objectif de compétitivité**, tout en conservant ceux de stabilité financière et de protection des consommateurs et investisseurs.

Le présent rapport ne préconise aucunement une dérégulation du secteur bancaire et financier ; il ne traite pas non plus des questions de supervision. Il propose un éventail de solutions, une « boîte à outils » visant à simplifier, améliorer le cadre de production normative, mieux distinguer réglementation et supervision et renforcer le contrôle des actes de niveau 2 et 3.

Les solutions envisagées comprennent **4 axes**, pour l'essentiel :

1/ Stabiliser, simplifier le cadre normatif et renouveler l'accord interinstitutionnel "Mieux légiférer"

- Evaluer, simplifier le cadre normatif existant ;
- Limiter les clauses de réexamen (dites aussi clauses de rendez-vous), facteurs d'instabilité législative ;

¹ Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), *Activity Report 2019-2024*, mai 2024, p. 46.

- Évaluer la nécessité de réviser ou d'ajouter un texte de niveau 1 avec une analyse d'impact normée, contrôlée et plus transparente, tenant réellement compte de la compétitivité du secteur européen des services financiers et, plus largement, de l'économie européenne ;
- Introduire une nouvelle approche de consultation au niveau 1, par exemple en associant informellement les parties prenantes, très en amont, via des réunions;
- Revoir le système des groupes d'experts ;
- Limiter le nombre et le champ des délégations données à la Commission ainsi que des mandats donnés aux ESAs.

2/ Renforcer la consultation et la transparence aux niveaux 2 et 3

- Simplifier en supprimant les normes techniques et les actes de *soft law* devenus obsolètes, s'assurer de la cohérence entre les différents textes ;
- Systématiser les analyses d'impact et en améliorer la qualité, en les normant et en les contrôlant ;
- Renforcer le processus de consultation des parties prenantes, en :
 - modifiant les règlements instituant les ESAs pour rendre systématiques les consultations préalables à l'adoption de RTS / ITS ;
 - garantissant l'effectivité du processus de consultation, via un délai de réponse adapté, un calendrier approprié, en permettant les réponses ouvertes et un *feedback* plus précis ;
- Publier la composition des comités d'experts, les critères d'éligibilité, leur mission et les rémunérations ; revoir le fonctionnement des groupes des parties intéressées ;
- Faciliter l'accès aux amendements proposés par la Commission sur les RTS et ITS ;
- Mettre en place des mécanismes afin de régler les conflits de calendrier, quand le niveau 1 entre en application alors que le niveau 2 n'est pas prêt.

3/ Revoir les règlements fondateurs des ESAs

- Diversifier la gouvernance des ESAs, selon leur rôle et les marchés, pour prendre en compte leur implication dans le processus normatif ;
- Renforcer la prise en compte de l'objectif de compétitivité du secteur européen des services financiers et, plus largement, de l'économie européenne ;
- Limiter le droit d'adoption de recommandations et d'orientations, qui ne pourraient être adoptées que sur mandat donné dans un texte de niveau 1 ;
- Clarifier le processus « se conformer ou s'expliquer » et notamment :
 - Rappeler que les orientations doivent respecter les principes de proportionnalité et de subsidiarité ;
 - Préciser que les établissements, qu'ils soient ou non sous supervision de la BCE, doivent faire leurs meilleurs efforts pour se conformer aux orientations uniquement lorsque l'ANC s'est déclarée conforme ; ils peuvent néanmoins atteindre les objectifs de l'acte de niveau 1 en adoptant et le cas échéant expliquant d'autres pratiques ;

- Souligner qu'aucune sanction et aucune exigence prudentielle de pilier 2 ne peut être adoptée sur le simple fondement d'orientations ou guides.

4/ Renforcer le contrôle des actes de niveau 2 et 3

- Renforcer le contrôle politique par la Commission, le Parlement européen et le Conseil
 - Concernant les actes de niveau 2 :
 - le droit d'amendement de la Commission ;
 - la faculté d'objection du Parlement européen et du Conseil, notamment en les autorisant à rejeter partiellement une norme technique adoptée par la Commission ;
 - Concernant les actes de niveau 3 :
 - clarifier la procédure d'avis motivé en cas d'excès de pouvoir de l'Autorité et assouplir les conditions de recevabilité afin que les autorités compétentes et les établissements destinataires des orientations puissent adresser un avis motivé à la Commission;
 - assurer un contrôle du fondement des attentes de supervision de la BCE ;
- Développer la possibilité de recours précontentieux concernant les actes de niveau 3, en élargissant le rôle de la commission de recours des ESAs, en renforçant les garanties d'indépendance de la commission administrative de réexamen de la BCE et en élargissant son rôle ;
- Renforcer le contrôle juridictionnel des actes de niveau 3, notamment en veillant au respect de l'obligation de transmission des questions préjudicielles à la CJUE.

Ces travaux, débutés il y a plus de deux ans, rejoignent, dans un *momentum* propice aux changements, les conclusions des rapports Letta et Draghi, les objectifs de la nouvelle Commission mais aussi des réflexions d'Etats membres, de parlementaires européens, de banques centrales et de superviseurs qui soulignent les besoins d'évaluation globale, de simplification du cadre normatif existant et de son amélioration pour l'avenir²²².

Les priorités de la nouvelle Commission européenne, avec notamment un poste de Commissaire chargé de la simplification et la présentation par la Commission d'un rapport sur le fonctionnement des ESAs, attendu en 2025, sont autant d'occasions pour améliorer notre cadre normatif, au service des projets européens.

« Il est nécessaire de prendre du recul et de s'assurer que la complexité des niveaux cumulés de réglementations en Europe ne constitue pas un obstacle à la réalisation de nos objectifs »

²²² Cf. notamment le projet de rapport annuel du Parlement européen sur l'Union bancaire, 7 novembre 2024 (2024/2055 (INI) et la lettre au commissaire Maria Luis Albuquerque du 17 janvier 2025 signée par les gouverneurs du Banco de Espana, de la Banca d'Italia, de la Banque de France et le président de la Deutsche Bundesbank.

Liste des sigles

(*) indique que la définition figure dans le glossaire

ABE : Autorité bancaire européenne, en anglais : EBA

ACPR : Autorité (française) de contrôle prudentiel et de résolution

AEAPP : Autorité européenne des assurances et pensions professionnelles, en anglais : EIOPA

AEMF : Autorité européenne des marchés financiers, en anglais : ESMA

AES : Autorités européennes de surveillance (*), en anglais : ESAs

ALCB : Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux, en anglais : AMLA

AMF : Autorité (française) des marchés financiers

AMLA : *Anti-money-laundering Authority*

ANC : Autorité nationale compétente

BaFin : Autorité (allemande) fédérale de surveillance financière (en Allemand : *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*)

BCE : Banque centrale européenne

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CMF : Code monétaire et financier (français)

CRD VI : *Capital Requirements Directive* (6^{ème} Directive sur les fonds propres réglementaires)

CRR III : *Capital Requirements Regulation* (3^{ème} Règlement sur les fonds propres réglementaires)

CRU : Conseil de résolution unique, en anglais : SRB

CSDR : *Central Securities Depositories Regulation* (Règlement sur les dépositaires centraux)

CSRD : *Corporate Sustainability Reporting Directive* (Directive concernant la publication d'informations en matière de durabilité par les entreprises)

DSP 2 : 2^{ème} directive sur les services de paiement

EBA : *European Banking Authority*, en français : ABE

EIOPA : *European Insurance & Occupational Pensions Authority*

EMIR : *European Markets Infrastructure Regulation* (Règlement concernant les dérivés)

ESAs : *European supervisory authorities*, en français : AES

ESG (risques) : risques environnementaux, sociaux et de gouvernance

ESMA : *European Securities and Markets Authority*, en français : AEMF

ITS : *Implementing technical standard*, en français NTE : Norme technique d'exécution (*)

LBC-FT : Lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme

MIF : Marchés d'instruments financiers

MiFID 2 : 2^{ème} directive concernant les marchés d'instruments financiers

MiFIR : Règlement concernant les marchés d'instruments financiers

MRU : Mécanisme de résolution unique

MSU : Mécanisme de surveillance unique

Q&A : *Questions and Answers*, en français : Questions/Réponses

RTS : *Regulatory technical standard*, en français NTR : Norme technique de réglementation (*)

SEBC : Système Européen de Banques Centrales

SFDR : *Sustainable Finance Disclosure Regulation* (Règlement concernant la publication d'informations en matière de durabilité dans les services financiers)

SRB : *Single Resolution Board*

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union européenne

INTRODUCTION

La production normative européenne dans le secteur des services financiers (banque, marchés financiers et services d'investissement, assurance) est le produit d'une organisation complexe entre la Commission européenne, le Conseil, le Parlement européen et les Autorités européennes de surveillance (ci-après, « ESAs », *European Supervisory Authorities*). S'y ajoute la *soft law* adoptée par la Banque centrale européenne (ci-après, « BCE ») et par le Conseil de résolution unique (ci-après, « CRU »).

Dans ce secteur, les directives et règlements adoptés par les colégislateurs de l'Union européenne (le Parlement européen et le Conseil), dits textes de **niveau 1**, peuvent prévoir, conformément au Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après, « TFUE »), qu'ils seront sur certains points (en principe, des points techniques et non essentiels), complétés et précisés par des textes dits de **niveau 2**. Ceux-ci sont adoptés par la Commission européenne, soit en tant qu'actes délégués (article 290 TFUE), directement ou sur la base de projets de normes techniques de réglementation (ci-après, « RTS », *Regulatory Technical Standards*) préparés par les ESAs, soit en tant qu'actes d'exécution (article 291 TFUE), directement ou sur la base de projets de normes techniques d'exécution (ci-après, « ITS », *Implementing Technical Standards*) préparés par les ESAs.

L'action de la Commission pour adopter des textes de niveau 2 peut être directe mais repose très largement sur l'intervention des ESAs : l'Autorité bancaire européenne (ci-après, « EBA », *European Banking Authority*), l'Autorité européenne des marchés financiers (ci-après, « ESMA », *European Securities & Markets Authority*) et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (ci-après, « EIOPA », *European Insurance & Occupational Pensions Authority*). Ces autorités sont des agences de l'Union instituées par trois règlements du 24 novembre 2010³ (ci-après, « les règlements instituant les ESAs »), concrétisant l'une des recommandations du rapport du groupe à haut niveau présidé par Jacques de Larosière publié le 25 février 2009 (ci-après, « rapport Larosière »). L'Autorité (européenne) de lutte contre le blanchiment de capitaux (ci-après, « AMLA », *Anti-money-laundering Authority*) créée par le règlement du 31 mai 2024 sera également chargée de préparer des projets de textes de niveau 2 dans les domaines qui relèvent de sa compétence matérielle⁴.

Bien que les ESAs n'aient pas de pouvoir réglementaire propre, leur expertise technique justifie qu'elles soient chargées de préparer des projets de normes techniques de réglementation ou d'exécution qui sont ensuite formellement adoptées par la Commission européenne. **Dès lors que ces projets sont le plus souvent adoptés sans modification par la Commission et que le Parlement européen et le Conseil n'usent que très rarement de leur pouvoir d'objection concernant les**

³ Règlements n° 1093/2010, 1094/2010 et 1095/2010 instituant respectivement l'EBA, l'EIOPA et l'ESMA.

⁴ Règlement (UE) n° 2024/1620 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2024 instituant l'Autorité de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et modifiant les Règlements (UE) n° 1093/2010, (UE) n° 1094/2010 et (UE) n° 1095/2010.

actes délégués, les ESAs sont bien souvent en pratique les véritables auteurs de ces normes de niveau 2 (voir Annexe 11).

À ces textes de niveau 1 et 2 (qui, pris ensemble, représentent sur un sujet donné des centaines, voire des milliers de pages) s'ajoutent les actes de **niveau 3**, actes de *soft law* adoptés par les ESAs sans aucune intervention des colégislateurs, pour promouvoir l'application uniforme des textes de niveau 1 et 2 dans les États membres et la convergence des pratiques de surveillance des autorités nationales. Les actes de *soft law* représentent un volume important et prennent des formes variées, par exemple des orientations, des avis, des questions et réponses. En outre, les ESAs ne sont pas les seules à adopter de tels actes au niveau européen : la BCE et le CRU en adoptent également et l'AMLA fera de même.

Ce système normatif composé de différentes strates puise son origine dans le processus Lamfalussy, issu du rapport publié en 2001 et progressivement mis en place pour l'adoption des textes dans le secteur des services financiers. Ce processus visait à parachever un marché intégré des services financiers pour faire face à la mondialisation des flux financiers et à remédier à la lenteur du processus décisionnel européen, jugé moins réactif aux évolutions techniques que la réglementation américaine (voir Annexe 1). A la suite de la crise de 2008, le processus Lamfalussy a été profondément modifié afin de suivre les recommandations du rapport Larosière, qui avait préconisé le remplacement des comités de régulateurs nationaux par des autorités européennes dotées de pouvoirs suffisants afin de mettre en place un système européen de surveillance financière (voir Annexe 2). **Si les règlements instituant les ESAs ont concrétisé cette recommandation, leur mise en œuvre a eu pour effet de complexifier le système normatif bancaire et financier de l'Union européenne**, d'autant que leurs productions sont accompagnées de textes des autorités nationales ainsi que de la BCE et du CRU.



Les actes de niveau 2 et 3 jouent **un rôle essentiel**. En permettant, par leur technicité, d'éclairer le sens et la portée des textes de niveau 1, ils sont à bien des égards un facteur de sécurité juridique, autant qu'un vecteur de normalisation des

comportements de l'ensemble des acteurs concernés, utile jusqu'à un certain degré pour la réalisation du marché unique européen. Adoptés au niveau européen, ils favorisent tant la convergence des pratiques de supervision (des autorités nationales compétentes (ANC) et, en sa qualité d'autorité de surveillance dans le cadre du Mécanisme de Supervision Unique (ci-après, « MSU »), de la BCE) que la mise en œuvre harmonisée de la législation européenne par leurs destinataires. En outre, ils répondent à une temporalité accélérée et à un formalisme allégé, permettant aux autorités de surveillance et aux professionnels de s'adapter rapidement aux évolutions du contexte économique et social ainsi qu'aux difficultés rencontrées par les acteurs concernés.

Cependant, bien que l'utilité de ces actes ne soit pas contestée, ils n'échappent pas au phénomène d'**inflation normative**.

Le nombre de propositions législatives a non seulement augmenté (431 sur la période 2019-2024 contre 374 entre 1999 et 2004) mais leur longueur a doublé : respectivement 8600 mots en moyenne sous la Commission Von Der Leyen contre 4500 auparavant⁵. Les domaines couverts sont plus nombreux et les règles de plus en plus détaillées, alors même que les délégations en vue de l'adoption de textes de niveau 2 croissent.

En outre, les colégislateurs de l'UE ont pris l'habitude de fixer des clauses de révision automatique des textes de niveau 1, ce qui participe grandement à leur inflation, et à celle, corollaire, des textes de niveau 2 et 3, et ils adoptent et réforment à un **rythme de plus en plus rapide** ces actes en évitant une deuxième lecture. Pour atteindre un accord politique, un texte à la rédaction imprécise ou ambiguë sur des points politiques est dans certains cas adopté, conférant un nombre croissant de mandats à la Commission européenne et aux ESAs pour adopter des actes de niveau 2 et 3. **Des éléments essentiels sont ainsi relégués au niveau 2 alors qu'ils impliquent des arbitrages politiques** relevant des colégislateurs.

D'autre part, il n'est pas rare que le nombre de mandats conférés aux ESAs et la nécessité de répercuter aux niveaux 2 et 3 les modifications des textes de niveau 1 qui s'opèrent à une cadence accélérée, génèrent des **difficultés de calendrier** pour l'entrée en application des textes mais aussi des **contradictions** entre eux ou avec des lois nationales, des exigences particulièrement poussées, ainsi que des complexités et des coûts supplémentaires non justifiés.

Des autorités de surveillance elles-mêmes appellent à une simplification des 15 000 pages de réglementation⁶.

⁵ Marcus (J.S), *How to achieve better EU laws*, Centre for European Policy Studies (CEPS), octobre 2024.

⁶ Voir les propos de Louise Caroline Mogensen, Directrice générale de l'autorité danoise Finanstilsynet, « *From single to simpler: making EU financial services rulebook smarter & stronger* », EUROFI Magazine, Budapest 2024, p. 52, consultable ici : [views-the-eurofi-magazine_budapest_sept-2024.pdf](#). Voir également le discours de François Villeroy de Galhau, Gouverneur de la Banque de France et Président de l'ACPR, conférence de l'ACPR du 26 novembre 2024 : « *Pour une simplification réaliste : dénouer quelques nœuds de la réglementation bancaire en Europe* », consultable ici : <https://www.banque-france.fr/fr/interventions-gouverneur/pour-une-simplification-realiste-denuer-quelques-noeuds-de-la-reglementation-bancaire-en-europe>.

Cela se constate en particulier en ce qui concerne l'application des accords de Bâle III, dont la traduction en droit de l'Union ne devait pas apporter de surcharge en capital. Le même constat peut être fait au sujet de textes concernant la banque de détail. Ainsi, les orientations de l'EBA sur l'octroi et le suivi des prêts⁷ étendent le champ d'application de la directive n° 2008/48 sur le crédit à la consommation et incitent les institutions bancaires à procéder à de nombreuses vérifications et évaluations externes. Elles consacrent en outre une vision unique du client au sein d'un même groupe bancaire, sans égard pour le secret bancaire dans sa dimension protectrice de la vie privée⁸. De même, des exigences d'indépendance formelle ont été posées par les orientations EBA/ESMA du 2 juillet 2021 sur l'évaluation de compétence des membres des conseils d'administrations et des détenteurs de fonctions clés (*key function holders* (KFH)), sans base légale et sans tenir compte de la spécificité de certaines organisations européennes.

Des actes de *soft law* spontanément générés par des autorités ou institutions visent aussi parfois à provoquer une révision du texte de niveau 1. Par exemple, une lettre de la BCE de janvier 2022 a demandé à des établissements de crédit d'adopter une évaluation *ex-ante* par le superviseur du directeur général et des membres exécutifs de l'organe central, alors que la directive 2013/36 laisse aux Etats membres une option entre évaluation *ex-ante* ou *ex-post* (voir Annexes 4 et 6, pour des exemples dans toutes les activités bancaires, financières et d'assurance).

En outre, si la *soft law* est par nature non contraignante, elle n'en est pas moins dotée *de facto* d'**effets contraignants**, du fait notamment des changements opérationnels qu'elle implique, de ses coûts conséquents et surtout de la volonté exprimée la plupart du temps par les superviseurs qu'elle soit appliquée par les établissements financiers.

Enfin, les textes de niveau 2 ont un **niveau de granularité excessif** et ne prennent pas suffisamment en compte le principe de **proportionnalité**, en particulier en matière de *reporting*.

Quelques chiffres

Au mois de juin 2024, sur 1 634 actes délégués publiés et en vigueur (toutes matières confondues)⁹, 26 % concernent le secteur des services financiers. De 2021 à 2023, 83 actes délégués par an en moyenne ont été publiés chaque année concernant ce secteur.

A titre d'exemple, 19 RTS et 42 autres actes délégués ont été adoptés sur la base du « paquet MIF 2 » (MiFID 2¹⁰ et MiFIR¹¹). Plus de 50 actes délégués ont été adoptés sur la base du règlement EMIR, dont plus de 25 RTS.

Plus récemment, le « paquet bancaire » composé de la Directive CRD VI et du Règlement CRR3, qui transpose notamment la réglementation dite Bâle IV, confère à

⁷ Autorité Bancaire européenne, Orientations sur l'octroi et le suivi des prêts, EBA/GL/2020/06, 29 mai 2020.

⁸ Le secret bancaire est protégé au titre du droit au respect de la vie privée par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁹ Source : <https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs?lang=en> (consulté le 19/06/24).

¹⁰ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE

¹¹ Règlement (UE) n° 600/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant le règlement (UE) n° 648/2012.

l'EBA 139 mandats¹², dont 60 nouveaux mandats en vue de la rédaction de projets de normes techniques (RTS et ITS) et 28 mandats pour l'adoption d'orientations, sans compter les rapports et autres actes de la Commission, alors que le « paquet » CRD V/ CRR2 de 2019 en prévoyait 62 au total. Pour rappel, le premier Règlement CRR et la Directive CRD IV de 2013 prévoyaient déjà un corpus de RTS, d'ITS et d'instruments de niveau 3 sur une centaine de sujets.

S'agissant de la *soft law*, à titre d'exemple, l'EBA a publié 16 orientations en 2021, et répond à de plus en plus de questions-réponses (Q&A) : plus de 650 sur le paquet CRD/CRR et 240 sur la directive DSP2¹³. L'ESMA a publié 96 orientations depuis 2011 et 377 Q&A.

Enfin, l'AMLA est appelée par le nouveau règlement LCB-FT à élaborer au moins 80 normes techniques (ITS/RTS).

Le déplacement du pouvoir normatif des colégislateurs de l'UE à la Commission européenne et *in fine* aux ESAs, lesquelles sont, juridiquement, des organismes de l'Union européenne sans légitimité démocratique, fragilise l'équilibre institutionnel de l'Union, le principe démocratique¹⁴, le respect de l'Union de droit (voir *infra*, 1^e Partie, 1.1.2), et le principe de sécurité juridique. Or **ce phénomène n'est compensé ni par une transparence et un processus de consultation des parties prenantes suffisants, ni par un contrôle efficace**, par les colégislateurs de l'UE ou par le juge, des normes produites par ces autorités¹⁵.

Des préoccupations liées au recours excessif aux actes de niveau 2 et/ou de niveau 3 et à la nécessité d'exercer un contrôle sur l'action des ESAs ont déjà été exprimées par des Parlements nationaux ainsi que dans les travaux d'un *think tank* spécialisé dans les affaires européennes¹⁶. Au niveau européen, le Parlement européen et le Conseil ont appelé à plusieurs reprises à un renforcement du contrôle exercé sur ces actes. Le Parlement européen, en particulier, s'est à plusieurs reprises ému de la prolifération des actes de droit souple (voir Annexe 3). Aussi, lors de la réforme des ESAs opérée en 2019, le législateur de l'Union a notamment rappelé que ces autorités doivent agir « *dans les limites de [leur] champ de compétences* »¹⁷. Cette

¹² EBA roadmap on the implementation of the EU Banking Package, décembre 2023, consultable ici : <https://www.eba.europa.eu/publications-and-media/press-releases/eba-publishes-roadmap-implementation-eu-banking-package>

¹³ Directive (UE) 2015/2366 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2009/110/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010, et abrogeant la directive 2007/64/CE.

¹⁴ Article 10 du Traité sur l'Union européenne.

¹⁵ Les conditions et les moyens du contrôle ex post ne permettent en effet pas aux colégislateurs de l'exercer pleinement ; voir *Infra*, 2^e Partie, 2.

¹⁶ CEP Study, *European Supervisory Authorities, Room for improvement at Level 2 and Level 3*, Study on Behalf of the fpmi Munich Financial Centre Initiative, 4 oct. 2016, consultable ici : <https://www.cep.eu/eu-topics/details/the-european-supervisory-authorities-room-for-improvement-at-level-2-and-level-3.html>

¹⁷ Art. 1(5) du Règlement (UE) 2019/2175 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2019 modifiant le règlement (UE) 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), le règlement (UE) 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), le règlement (UE) no 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), le règlement (UE) 600/2014 concernant les marchés d'instruments financiers, le règlement (UE) 2016/1011 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds d'investissement et le règlement (UE) 2015/847 sur les informations accompagnant les transferts de fonds. Voir également cons. 5:

réforme ne concernait toutefois qu'une partie des facteurs en cause et n'a donc eu qu'une portée limitée.

La conjonction de ces différents facteurs, s'avère ainsi, contrairement à l'effet recherché, **source d'insécurité juridique et de contraintes, risques et coûts élevés pour les acteurs des secteurs concernés**. Il est à souligner que toutes les activités des établissements bancaires et financiers sont concernées. La complexité de la réglementation, qu'aucune personne ou unité (y compris au sein des autorités de contrôle) ne peut désormais suivre dans son intégralité, devient un risque en soi.

Le thème de la compétitivité européenne, en particulier s'agissant du secteur financier, est de plus en plus prégnant dans le débat public. Force est de relever, parmi les facteurs explicatifs possibles des problèmes de compétitivité européenne, l'inflation continue de la réglementation de niveau 1, mais aussi la multiplication des textes de niveau 2 et 3, et leurs évolutions. **Ne peut-on envisager que l'objectif de la compétitivité soit mieux pris en considération par le cadre normatif**, en écho à l'article 173 TFUE selon lequel « l'Union et les Etats membres veillent à ce que les conditions nécessaires à la compétitivité de l'industrie de l'Union soient assurées », ainsi qu'au considérant 13 du préambule commun aux trois règlements instituant les ESAs, qui les invite à « tenir dûment compte de la répercussion de [leurs] activités sur la concurrence et l'innovation sur le marché intérieur, la compétitivité globale de l'Union, l'inclusion financière et la nouvelle stratégie de l'Union en matière d'emploi et de croissance » ?

Objet et méthode du rapport

Le présent rapport ne préconise aucunement une dérégulation du secteur bancaire et financier ; il ne traite pas non plus des questions de supervision. Son objectif est de contribuer à la simplification, à la qualité et à la lisibilité du cadre normatif européen dans le secteur des services financiers, au service des projets européens et du financement de l'économie.

Il souligne les conséquences du recours excessif aux actes de niveau 2 et à la *soft law* produite par les ESAs, mais aussi par la BCE et le CRU, sous ses formes diverses (recommandations, avis, orientations, guides, guidelines, questions et réponses (ou « Q&As »), « attentes de supervision », « *public statements* », communiqués de presse, notes, etc.).

Il se veut force de proposition, avec des recommandations, notamment dans la perspective du prochain rapport de la Commission européenne sur le fonctionnement des ESAs, mais aussi pour les Etats membres.

« Dans l'exercice de leurs missions et de leurs pouvoirs, il y a lieu que les AES agissent conformément au principe de proportionnalité prévu à l'article 5 du traité sur l'Union européenne, ainsi qu'à la politique « mieux légiférer ». Il convient que le contenu et la forme des actions menées et des mesures prises par les AES, notamment des instruments tels que des orientations, des recommandations, des avis ou des questions et réponses, soient toujours fondés sur les actes législatifs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 2, des règlements fondateurs et demeurent dans les limites de ceux-ci, ou s'inscrivent dans le cadre de leurs pouvoirs. ».

Un questionnaire a permis au groupe de travail *ad hoc* qui s'est réuni pendant plus de deux ans de recueillir les constats et propositions d'experts des Etats membres (universitaires, avocats, juristes et autres experts issus des secteurs bancaire, financier et assurantiel, agissant à titre individuel ou en qualité de représentants d'associations scientifiques et d'associations professionnelles, nationales et européennes, ou d'établissements). Pour des raisons de confidentialité, les réponses ne sont pas publiées mais le présent rapport en restitue la teneur (voir notamment annexes 4 et 10). Certains experts ont proposé la rédaction de parties du rapport ou d'annexes. Tous sont chaleureusement remerciés pour leurs contributions, ainsi que les représentants d'institutions ou autorités rencontrés à titre informel.

Si l'inflation normative excessive et le déplacement du pouvoir normatif sont sources de difficultés (I), des solutions apparaissent pourtant à portée de main (II).

I- UNE INFLATION NORMATIVE ET UN DEPLACEMENT DU POUVOIR NORMATIF, SOURCES DE DIFFICULTES

L'inflation normative commence au niveau 1. Si l'augmentation du nombre de textes constatée depuis le début des années 2010 a pour beaucoup comme origine les crises financières et la nécessité de traiter de nouveaux sujets, les textes, adoptés et révisés à une cadence toujours plus rapide, sont également de plus en plus détaillés. Cela se constate non seulement au niveau 1 lui-même, mais aussi aux niveaux 2 et 3 qui font l'objet du présent rapport. Celui-ci vise à en évaluer les causes et les conséquences.

1. Les constats

1.1. La prolifération des mandats donnés à la Commission européenne et aux ESAs

1.1.1. Le principe : les actes de niveau 2, des actes sans choix politique

Conformément à l'article 290 TFUE, le législateur de l'UE peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale, qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels d'un acte législatif. Dans le secteur des services financiers, les textes de niveau 1 peuvent charger les ESAs et l'AMLA de préparer des projets de normes techniques de réglementation (RTS, pour *Regulatory technical standards*) qui seront ensuite adoptées par la Commission européenne sous la forme d'actes délégués.

Comme l'énonce l'article 290 TFUE, les actes délégués ne peuvent pas porter sur des éléments essentiels de l'acte législatif, définis par la Cour de justice comme des éléments dont l'adoption nécessite « *des choix politiques relevant des responsabilités propres du législateur de l'Union, en ce qu'elle implique une pondération des intérêts divergents en cause sur la base d'appréciations multiples, ou si elle permet des ingérences dans des droits fondamentaux des personnes concernées d'une importance telle qu'est rendue nécessaire l'intervention du législateur de l'Union* »¹⁸. Dans le même sens, les règlements instituant les ESAs et le règlement instituant l'AMLA précisent que les normes techniques de réglementation sont « *de caractère technique* » et « *n'impliquent aucune décision stratégique ni aucun choix politique* »¹⁹.

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) rappelle que cette exigence s'impose aux colégislateurs, s'agissant de déterminer les éléments susceptibles de faire l'objet d'une délégation, et à la Commission, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont délégués. Aussi, la détermination des éléments essentiels d'un acte législatif « *doit se fonder sur des éléments objectifs susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel* », qui doivent être déterminés en fonction des « *caractéristiques et des particularités du domaine concerné* »²⁰. Un acte délégué ne peut ni modifier ni méconnaître des éléments essentiels de l'acte législatif, ni compléter celui-ci par de

¹⁸ CJUE, 26 juill. 2017, *Rép. Tchèque c. Commission*, aff. C-696/15, pt. 78.

¹⁹ Art. 10 des Règlements instituant les ESAs; art. 49 du Règlement instituant l'AMLA.

²⁰ CJUE, 22 juin 2016, *DK Recycling und Roheisen GmbH c. Commission*, C-540/14 P, ECLI:EU:C:2016:469, point 48.

nouveaux éléments essentiels²¹. En outre, la délégation du pouvoir de compléter des éléments non essentiels d'un acte législatif ne vise, comme le rappelle la CJUE, « *qu'à autoriser la Commission à concrétiser cet acte* », en sorte que « *son mandat est limité au développement en détail, dans le respect de l'intégralité de l'acte législatif arrêté par le législateur, des éléments non essentiels de la réglementation concernée que le législateur n'a pas définis* »²².

D'autre part, le législateur de l'UE peut, en vertu de l'article 291 TFUE, conférer à la Commission et au Conseil la compétence d'adopter des actes d'exécution, afin d'assurer l'exécution uniforme des actes législatifs²³. Là encore, dans le secteur des services financiers, les textes de niveau 1 peuvent charger les ESAs ainsi que l'AMLA de préparer des projets de normes techniques d'exécution (ITS, pour *Implementing technical standards*) qui seront ensuite adoptés par la Commission européenne. A l'instar des RTS, les ITS sont censés être « *des normes techniques qui n'impliquent aucune décision stratégique ni aucun choix politique* »²⁴. L'exercice par la Commission de ce pouvoir d'exécution est également susceptible de contrôle juridictionnel. Le juge de l'Union rappelle ainsi que le pouvoir d'exécution conféré à la Commission consiste à apporter des précisions nécessaires ou utiles pour la mise en œuvre de l'acte législatif, dans le respect des objectifs généraux essentiels poursuivis par celui-ci, sans le compléter ni le modifier, même dans ses éléments non essentiels²⁵.

1.1.2. Le constat : un principe souvent perdu de vue

Selon le TFUE, la définition des éléments essentiels relève des actes de niveau 1, lesquels renvoient, pour leur mise en application concrète et technique, aux textes de niveau 2 et 3. Dans une Union de droit, les institutions et autorités doivent agir dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés respectivement par les Traités et par les actes législatifs de niveau 1. Le respect du mandat conféré par le texte de niveau 1 en vue de l'adoption de textes de niveau 2 ou 3 est donc essentiel, et en cas de contradiction, conformément au principe de hiérarchie des normes, le texte de niveau 1 prime sur les textes de valeur inférieure.

En pratique cependant, il n'est pas rare que le texte de niveau 1 délègue à la Commission l'encadrement d'éléments qui sont loin d'être purement techniques. Cela est dans certains cas le fait de la Commission elle-même, dans sa proposition de texte de niveau 1. Ainsi, la proposition de règlement EMIR 3 publiée en décembre 2022 prévoyait que la notion de compte actif, pourtant centrale pour l'objectif du texte de réduire la dépendance de l'Union à l'égard des contreparties centrales de pays tiers, soit précisée dans un texte de niveau 2.

²¹ CJUE, 5 sept. 2012, C-355/10, ECLI:EU:C:2012:516, point 66 ; CJUE, 22 juin 2016, *DK Recycling und Roheisen GmbH c. Commission*, C-540/14 P, point 47 ; CJUE, 11 mai 2017, *Dyson c. Commission*, C44-16 P.

²² CJUE, 17 mars 2016, *Parlement c. Conseil*, C-286/14, ECLI:EU:C:2016:183, point 41.

²³ Si la compétence d'exécution appartient en principe aux Etats membres, elle peut être confiée à la Commission lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires.

²⁴ Art. 15 des Règlements instituant les ESAs ; art. 53 du Règlement instituant l'AMLA.

²⁵ TUE, 22 mars 2023, *Tazzetti c. Commission*, T-825/19 et T-826/19, ECLI: ECLI:EU:T:2023:148, points 154-161, 165, 166, 184-207, 210, 211. TUE, 29 mai 2024, *Hypo Vorarlberg Bank AG c. CRU*, T-395/22, ECLI:EU:T:2024:333, points 21-88.

On observe également une tendance de fond de la part du Conseil et du Parlement européen à renvoyer à des actes de niveau 2, motif pris de leur « technicité », des points qui devraient être tranchés dans le texte de niveau 1 mais sur lesquels les colégislateurs ne sont pas parvenus à un accord.

S'il s'avère plus simple en pratique et facilite l'obtention d'un accord politique sans deuxième lecture, ce procédé repose sur une appréciation subjective de ce qui relève d'une norme technique ou au contraire des « *éléments essentiels* ». Ainsi, comme nombre d'éléments essentiels n'ont pas été définis ou ne sont pas clairs dans le paquet bancaire CRR3/CRDVI, les nombreux mandats donnés aux ESAs vont en pratique significativement définir les obligations du secteur bancaire.

A ces problématiques liées au niveau 2, s'ajoute la prolifération des mandats en vue de l'adoption de *soft law* par les ESAs. Les directives et règlements de niveau 1 prévoient ainsi un nombre croissant de mandats conférés aux ESAs pour investir de nouveaux champs d'étude (voir Annexe 5) et se prononcer sur des points cruciaux. Par exemple, le règlement MiCA charge l'ESMA de préciser dans des orientations les critères permettant de qualifier des crypto-actifs d'instruments financiers, ce qui conditionne les champs d'application respectifs de ce règlement (celui-ci ne s'appliquant pas aux crypto-actifs qui sont qualifiés d'instruments financiers) et de la réglementation relative aux marchés financiers (MIF, Abus de marché, etc.)²⁶.

En ce qui concerne la DSP2, de nombreux RTS ont été développés sur différents aspects, suivis d'orientations, d'avis et de questions-réponses visant à apporter des éclaircissements supplémentaires sur les mêmes sujets. Par exemple, les RTS sur l'authentification forte (*Strong Customer Authentication*, SCA) et les normes communes et sécurisées de communication (*Common and Secure Communications*, CSC) ont été suivis d'orientations sur l'exemption du mécanisme de repli, d'un avis sur la mise en œuvre des RTS, d'un avis sur les éléments du SCA, de plusieurs questions-réponses, etc. Les mesures ont ainsi été dispersées dans plusieurs instruments normatifs, ce qui ne facilite pas l'accessibilité de la norme ni la sécurité juridique et est source de fragmentation.

Non seulement les colégislateurs eux-mêmes confèrent à la Commission et aux ESAs des délégations et des mandats sur des éléments qui devraient être réglés dans le texte de niveau 1, mais les délégations et les mandats ne sont pas toujours respectés par la Commission et par les ESAs. Certains actes de niveau 3 ajoutent aux textes de niveau 1 et 2, tandis que certains RTS opèrent des choix politiques qui incombent aux colégislateurs.

²⁶ Règlement (UE) 2023/1114 du Parlement européen et du Conseil du 31 mai 2023 sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant les règlements (UE) no 1093/2010 et (UE) no 1095/2010 et les directives 2013/36/UE et (UE) 2019/1937, art. 2(5).

Des exemples nombreux dans tous les secteurs (pour d'autres exemples, voir introduction et Annexe 4)

Dans le secteur bancaire, les orientations de l'EBA sur les politiques de rémunération²⁷ introduisent des exigences dont plusieurs ANC ont estimé qu'elles n'ont pas de base légale dans la Directive CRD et le Règlement CRR²⁸.

S'agissant du secteur financier, dans une communication du 6 mars 2024²⁹, la Commission européenne a déclaré considérer que le projet de RTS élaboré par l'ESMA en application du règlement ELTIF 2³⁰, relatif aux conditions de liquidité à respecter par les fonds ouverts labellisés ELTIF, ne reflète pas une approche suffisamment proportionnée, et a rappelé que les RTS sont des normes techniques qui n'impliquent pas de décisions stratégiques ou de choix politiques.

De même, l'ESMA fait une interprétation extensive du Règlement EMIR 3³¹, s'agissant de la mise en œuvre du compte actif et des transactions sur dérivés devant alimenter ce compte actif. Cette interprétation, non seulement exacerbe la complexité du dispositif pensé au niveau 1, mais revisite l'accord politique trouvé à ce niveau. En effet elle impose *de facto* une relocalisation de la compensation de certains dérivés dans l'Union, mettant en danger la compétitivité des acteurs européens sur ce marché³².

Enfin, dans le domaine de la distribution d'assurances, l'intégration du concept de Gouvernance produit fournit une autre illustration de l'articulation délicate des actes de niveau 2 et 3. La directive IDD a introduit le concept sans en donner de définition³³. En application,

²⁷ EBA, Orientations sur les politiques de rémunération saines au titre de la directive 2013/36/UE, (EBA/GL/2021/04), 2 juillet 2021.

²⁸ Comme énoncé par la Bafin : *“BaFin cannot comply with the provisions on formal independence in relation to the members in the remuneration committee (paragraph 55 of the Guidelines). This exception results from the corresponding non-compliance confirmation regarding the Joint ESMA and EBA Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders under Directive 2013/36/EU and Directive 2014/65/EU as well as the non-compliance confirmation regarding the EBA Guidelines on internal governance under Directive 2013/36/EU (EBA/GL/2021/05). In our view, there is no legal basis in Directive 2013/36/EU that justifies such an expectation. Such a requirement would also severely restrict institutions in their right to appoint supervisory board members without a sound legal basis”*.

²⁹ European Commission, *Communication on the intention to adopt with amendments the Commission Delegated Regulation supplementing Regulation (EU) n° 2015/760 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards specifying obligations concerning hedging derivatives, redemption policy and liquidity management tools, trading and issue of units or shares of an ELTIF, and transparency requirements and repealing Delegated Regulation (EU) n° 2018/480*, (C(2024) 1375 final).

³⁰ Règlement n° 2023/606 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2023 modifiant le règlement (UE) 2015/760 en ce qui concerne les exigences relatives aux politiques d'investissement et aux conditions de fonctionnement des fonds européens d'investissement à long terme et la définition des actifs éligibles à l'investissement, les obligations en matière de composition et de diversification du portefeuille et l'emprunt de liquidités et d'autres dispositions des statuts des fonds.

³¹ Règlement (UE) 2024/2987 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2024 modifiant les règlements (UE) n° 648/2012, (UE) n° 575/2013 et (UE) 2017/1131 par des mesures visant à atténuer les expositions excessives aux contreparties centrales de pays tiers et à améliorer l'efficacité des marchés de la compensation de l'Union (JOUE 4 déc.).

³² ESMA, Consultation paper, Conditions of the Active Account Requirement, 20 November 2024, ESMA91-1505572268-3856.

³³ Voir l'article 25(2) de la Directive n° 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances qui confère un mandat aux contours vagues à la Commission, selon lequel *« La Commission est habilitée à adopter des actes délégués en conformité avec l'article 38 en vue de préciser plus avant les principes énoncés dans le présent article, en tenant compte de manière proportionnée des activités exercées, de la nature des produits d'assurance vendus et de la nature du distributeur »*.

la Commission a adopté un règlement délégué³⁴, ce qui suscite deux remarques. D'abord, le nouveau cadre réglementaire applicable à la Gouvernance Produit résulte d'un acte délégué, qui est en outre un règlement délégué complet, ce qui remet en cause en pratique le caractère d'harmonisation minimale de la directive sur ce sujet. Ensuite, ce règlement délégué s'inspire d'« *orientations préparatoires* » de l'EIOPA publiées en avril 2016 (référéncées actuellement sur le site de l'EIOPA avec une date de publication erronée au 1^{er} janvier 2019). Ces orientations préparatoires, antérieures à l'adoption du règlement délégué, ont été adoptées pour « *établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives concernant les modalités de gouvernance et de surveillance des produits définies à l'article 25 de la directive sur la distribution d'assurances en attendant que ces dispositions de la directive soient pleinement applicables* ». Elles ont fait l'objet de la procédure de « *comply or explain* », devançant ainsi clairement l'application du règlement : la publication de ces orientations (mesures de niveau 3) a été réalisée avant même que ne soit connu le contenu des actes délégués (mesure de niveau 2), ce qui a été dénoncé à l'époque par l'ensemble des professionnels européens de l'assurance.

En outre, les autorités publient de leur propre initiative des rapports comportant des définitions et des propositions que la Commission est invitée à reprendre ensuite dans ses propositions législatives. Parfois aussi, c'est la Commission qui saisit les ESAs de demandes d'avis techniques, qui forment bien souvent la trame des propositions législatives futures³⁵. De façon regrettable, la publication de certains actes de niveau 3, en fonction du calendrier, préempte des discussions en cours au niveau législatif. C'est ainsi que la *soft law* d'aujourd'hui se propose d'être le droit dur de demain, selon la formule de l'avocat général Michal Bobek dans ses conclusions dans l'affaire *Commission c. Royaume de Belgique*³⁶, ce qui apparaît critiquable.

1.2. Les insuffisances du processus normatif

1.2.1. Des consultations insuffisantes

Avant de soumettre à la Commission un projet de normes techniques de réglementation ou de normes techniques d'exécution, les ESAs et l'AMLA sont en principe tenues de procéder à des consultations publiques et à une analyse d'impact. Elles peuvent toutefois s'en dispenser en cas d'urgence ou si cette exigence s'avère disproportionnée au vu du champ et de l'impact de ces normes³⁷.

Les ESAs doivent également solliciter l'avis du groupe des parties intéressées au secteur concerné. Cependant, la composition hétérogène de ces groupes rend difficile en pratique l'émergence d'un consensus (voir *infra*, 2^e partie, 1.4.5.).

³⁴ Règlement délégué (UE) n° 2017/2358 du 21 sept. 2017 complétant la directive (UE) n° 2016/97 en ce qui concerne les exigences de surveillance et de gouvernance des produits applicables aux entreprises d'assurance et aux distributeurs de produits d'assurance.

³⁵ Tel a par exemple été le cas de l'avis technique sur les *inducements* : Final Report, ESMA's Technical Advice to the Commission on the impact of the inducements and costs and charges disclosure requirements under MiFID II, 31 mars 2020 ESMA35-43-2126.

³⁶ CJUE, 20 févr. 2018, *Commission européenne c. Royaume de Belgique*, aff. C-16/16 P, pt. 95.

³⁷ Art. 10 et 15 des Règlements instituant les ESAs ; art. 49 et 53 des Règlements instituant l'AMLA.

S'agissant des orientations, les ESAs et l'AMLA ne sont pas tenues de procéder systématiquement à des consultations publiques préalables, ni de solliciter les conseils du groupe des parties intéressées au secteur concerné³⁸. Si une analyse des coûts et des avantages potentiels de l'émission de ces actes de niveau 3 doit être faite, elle est fonction du champ, de la nature et de l'impact de l'orientation.

Par ailleurs, il est difficile pour les parties prenantes de répondre en temps utile aux consultations, qui bien que non systématiques, sont nombreuses en raison de l'inflation normative. Cette difficulté est accrue lorsque les périodes de consultation sont très courtes et/ou coïncident avec les congés d'été ou de fin d'année. On peut en outre regretter que la non prise en compte des observations de l'industrie ne soit pas expliquée.

Au surplus, il arrive que les ESAs intègrent dans les versions finales des projets de normes techniques soumis à la Commission, des propositions ne figurant pas dans le projet initialement soumis à consultation et qui n'ont donc pu faire l'objet d'aucun débat public³⁹. Il arrive également que les projets d'ITS portant sur des obligations de déclaration (*reporting*) soient soumis à la Commission sans les formulaires types, qui figurent en principe en annexe des ITS mais que l'EBA choisit parfois de publier séparément sur son site internet. Cette pratique, qui viserait selon l'EBA à « simplifier » la mission de contrôle attribuée à la Commission, prive en réalité cette dernière du pouvoir d'examiner des formulaires dont le contenu et la portée affectent directement la position des assujettis, puisqu'ils constituent la déclinaison pratique de l'ITS concerné. La Commission s'est d'ailleurs récemment inquiétée de cette situation⁴⁰.

³⁸ Elles y procèdent « le cas échéant » : art. 16(2) des Règlements instituant les ESAs ; art. 54(2) du Règlement instituant l'AMLA.

³⁹ On constate en effet des écarts entre le projet d'ITS soumis à consultation (voir le *Consultation Paper on the ITS on Supervisory Reporting regarding COREP, AE and GSII*s, EBA/CP/2021/24, 23/06/2021) et ses annexes, partiellement modifiées dans la version finale soumise à la Commission via le *Final report Draft implementing technical standards on supervisory reporting requirements, amending Commission Implementing Regulation (EU) 2021/451 regarding COREP, asset encumbrance, ALMM and G-SII reporting*, EBA/ITS/2021/08 20 December 2021. Les ITS ont par la suite été adoptés par la Commission sans modifications sous la forme du Règlement d'exécution (UE) 2022/1994 de la Commission du 21 novembre 2022 modifiant les normes techniques d'exécution énoncées dans le règlement d'exécution (UE) 2021/451 en ce qui concerne les fonds propres, les charges grevant les actifs, la liquidité et les informations à communiquer aux fins de l'identification des établissements d'importance systémique mondiale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE).

⁴⁰ A noter que les courriers de la Commission proposant d'amender l'ITS, notamment pour que les formulaires types y soient annexés, n'ont pas été rendus publics. Leur existence est néanmoins connue, l'EBA les évoquant dans un courrier adressé à la Commission à ce sujet, joint à l'Avis relatif au même sujet. La lettre est consultable ici : <https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/2024-11/4aad5af6-99b3-4546-ad40-1a7766e0d928/EBA%20letter%20on%20the%20European%20Commissions%20amendments%20relating%20to%20the%20final%20draft%20Implementing%20Technical%20Standards%20on%20Supervisory%20reporting%20and%20P3%20disclosures.pdf>; l'Opinion, datée du 14 octobre 2024, est référencée comme suit : Opinion of the European Banking Authority on the European Commission's proposed amendments relating to the draft Implementing Technical Standards on supervisory reporting in accordance with Article 430 (7) of Regulation (EU) No 575/2013 and to the draft implementing technical standards on public disclosures by institutions of the information referred to in Part Eight, Titles II and III of Regulation (EU) No 575/2013, EBA/Op/2024/07.

1.2.2. Des projets entérinés bien souvent sans modification par la Commission européenne

La Commission dispose d'un délai de trois mois pour examiner le projet de normes techniques (de réglementation ou d'exécution) transmis par une ESA ou par l'AMLA. Elle peut adopter le projet en l'état ou demander à l'Autorité de le modifier. La Commission ne peut en revanche pas modifier le projet sans avoir préalablement et vainement demandé à l'ESA concernée ou à l'AMLA de le modifier.

La faculté, pour la Commission, de modifier les projets de normes techniques émanant des ESAs ou de l'AMLA, est soumise à des conditions restrictives tant par les règlements eux-mêmes que par la jurisprudence. Le considérant 23 des règlements instituant les ESAs énonce ainsi que la Commission « *devrait approuver ces projets de normes techniques de réglementation par voie d'actes délégués en vertu de l'article 290 [TFUE] afin de les rendre juridiquement contraignants* », et qu'« *[i]ls ne pourraient être modifiés que dans des circonstances extraordinaires et très limitées, étant donné que l'Autorité est l'acteur en relation étroite avec les marchés financiers et qui connaît le mieux leur fonctionnement quotidien* »⁴¹.

Il est à noter que le Tribunal de l'Union européenne, constatant la faible marge de manœuvre dont dispose la Commission à cet égard, a souligné l'importance d'autant plus grande du processus de consultation qui doit être mené en amont par l'Autorité lors de l'élaboration du projet de normes techniques de réglementation⁴², jugeant que : « *le contenu du projet de normes techniques, tel que proposé par l'[Autorité] à la Commission, n'est, en principe, pas susceptible de modification, de sorte que, aux fins de garantir la qualité desdites normes, il apparaît d'autant plus important que le public ait la possibilité de faire valoir son point de vue dans le cadre d'une consultation publique ouverte préalable à l'adoption dudit projet par l'[Autorité]* ».

Il en résulte que pour que la Commission exerce un contrôle sur les normes techniques dont les projets ont été rédigés par les ESAs ou par l'AMLA, il faut qu'elle soit convaincue de la gravité de la contrariété avec les actes de niveau 1 – ou d'un éventuel défaut de base légale ou de la violation d'un autre principe majeur du droit de l'Union et il faut qu'elle puisse agir rapidement. On rappelle à cet égard que la Commission ne dispose que de trois mois pour adopter les actes délégués.

En pratique, la Commission européenne adopte, dans la très grande majorité des cas, les projets de normes en l'état. Par exemple en ce qui concerne l'ESMA, la Commission européenne a demandé des modifications pour une douzaine de RTS sur un total de plus de 250⁴³.

Toutefois, il convient de noter que, dans certains cas, la Commission est intervenue lorsqu'elle considérait que les projets de RTS/ITS qui lui étaient soumis ne répondaient pas correctement aux besoins de la pratique et du secteur. Par exemple, dans une lettre datée du 24 mai 2017, la Commission a exprimé son intention de modifier les projets de RTS sur l'authentification forte du client et les normes ouvertes communes et sécurisées de communication soumis par l'EBA conformément à l'article

⁴¹ Voir également les considérants 12 et 14 du Règlement instituant l'AMLA.

⁴² TUE, Ord. du 27 nov. 2013, *MAF c. AEAP (EIOPA)*, aff. T-23/12, point 42.

⁴³ Source : ESMA technical standards, tableau publié par l'ESMA, mise à jour au 29 juin 2022.

98(4) de la DSP2. Tout récemment, la Commission a émis des réserves à l'égard du projet de RTS de l'ESMA sur la base du règlement ELTIF 2 (voir *supra*, encadré p. 32).

1.2.3. Une faculté d'objection du Parlement européen et du Conseil restreinte et peu utilisée

Concernant les RTS, le Parlement européen et le Conseil sont informés à chaque étape de leur élaboration et peuvent formuler des objections dans un délai de trois mois – prorogeable à la demande de l'une des deux institutions – à compter de la date de notification de la norme technique de réglementation adoptée par la Commission⁴⁴. Ils peuvent à tout moment révoquer la délégation de pouvoir donnée à la Commission d'adopter au moyen d'actes délégués des RTS préparés par les ESAs⁴⁵. Il est toutefois à noter que le règlement instituant l'AMLA prévoit uniquement une faculté d'objection, mais non la faculté de révoquer à tout moment la délégation.

Dans les faits, même si on constate une légère croissance, le Parlement et le Conseil ont jusqu'ici présenté très peu d'objections sur des actes délégués : 23 objections (16 du Parlement et 7 du Conseil) pour 1874 actes délégués publiés (toutes matières confondues)⁴⁶, dont une seule objection⁴⁷ dans le domaine des services financiers (concernant le règlement PRIIPS⁴⁸). Une cartographie des motifs d'objection émanant du Parlement européen (les motifs d'objection du Conseil n'étant pas rendus publics) montre qu'elles sont justifiées notamment par le fait que l'acte délégué ajoute des éléments essentiels relevant de la compétence des colégislateurs, dépasse les pouvoirs délégués à la Commission, n'est pas compatible avec les objectifs de l'acte législatif et/ou va à l'encontre de l'intention des colégislateurs, ou encore par un défaut de proportionnalité de la solution proposée dans l'acte délégué.

Le fait que la faculté d'objection du Parlement européen et du Conseil vise l'acte délégué pris dans son entièreté, sans possibilité de viser certaines de ses dispositions seulement, est de nature à dissuader de l'exercer⁴⁹.

⁴⁴ Art. 13 des Règlements instituant les ESAs ; art. 51 du Règlement instituant l'AMLA. A noter que ce délai d'objection peut être réduit à un mois dans l'hypothèse où la Commission adopte le projet de RTS tels qu'ils lui ont été soumis par l'Autorité.

⁴⁵ Art. 12 des Règlements instituant les ESAs.

⁴⁶ Voir en ce sens le registre des actes délégués :

<https://webgate.ec.europa.eu/regdel/#/delegatedActs?lang=en> (consulté le 12/12/24).

⁴⁷ European Parliament, Objection to a delegated act: Key information documents for packaged retail and insurance-based investment products (P8_TA(2016)0347).

⁴⁸ Règlement n° 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance.

⁴⁹ Un débat constitutionnel concernant une faculté d'objection partielle existe en doctrine, au motif que l'article 290 TFUE vise les actes délégués dans leur entièreté. Ce débat repose cependant sur une lecture extrêmement restrictive du Traité qui ne semble correspondre ni au rôle que joue le législateur dans la production législative au non législative ni aux besoins qui découlent du principe démocratique par ailleurs protégé par le Traité sur l'Union.

Quant aux actes d'exécution, dès lors qu'ils ne sont pas considérés comme relevant de l'exercice d'un mandat politique, aucun pouvoir d'objection n'est accordé au Parlement européen ni au Conseil. Tant la jurisprudence⁵⁰ que certaines publications des institutions⁵¹ montrent pourtant que la question de savoir si une mesure relève de l'exécution ou de la délégation se pose en pratique.

Au-delà même de la base légale de ces instruments dits d'exécution, c'est parfois la façon dont les mandats sont exercés par l'institution délégataire qui est en question. En effet, la jurisprudence révèle qu'il arrive tant au Conseil⁵² qu'à la Commission⁵³ de s'écarter substantiellement du mandat qui leur a été donné.

1.3. La *soft law*, source d'insécurité juridique

1.3.1. Des actes toujours plus nombreux

Si les règlements instituant les ESAs ont prévu, soit dès l'origine, soit depuis la réforme opérée en 2019, l'adoption par ces autorités de certains types d'actes de *soft law* (orientations, recommandations, Q&A, etc.), ils prévoient également que ces autorités peuvent, afin de promouvoir des approches et pratiques de surveillance communes, « élaborer de nouveaux instruments et outils de convergence pratiques »⁵⁴. Il en est de même pour l'AMLA⁵⁵. La BCE et le CRU produisent également des actes de *soft law*. Il en résulte un foisonnement de textes divers, à la portée juridique incertaine et qui parfois ajoutent sans base légale ou s'écarterent de l'esprit du texte législatif de base, voire le contredisent.

1.3.1.1. Les orientations des ESAs et de l'AMLA

Les orientations des ESAs et de l'AMLA s'adressent aux autorités (nationales) compétentes et/ou aux établissements régulés. Si un texte de niveau 1 peut expressément charger une ESA d'adopter des orientations sur un point donné, les

⁵⁰ Voir en particulier : CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, C-355/10, ECLI: ECLI:EU:C:2012:516, points 64-68 ; CJUE, 22 juin 2016, *DK Recycling und Roheisen c. Commission*, C-540/14 P, ECLI: ECLI:EU:C:2016:469, points 47, 48.

⁵¹ Voir en ce sens : European Parliament, Directorate-General for Internal Policies of the Union - Directorate for Legislative Coordination and Conciliations Conciliations and Codecision Unit, *Handbook on delegated and implementing acts*, Février 2013. Voir également : European Economic and Social Committee, Appendices to the information report on Better regulation: implementing acts and delegated acts, INT/656, September 2013, consultable ici :

https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/ces248-2013_00_00_ref_pri_en.pdf.

Voir également une publication de la Commission: "*Delegated and Implementing Acts (Articles 290 and 291 Treaty on the Functioning of the European Union)* - Guidelines for the services of the Commission, novembre 2020, consultables ici :

<https://www.aaronmcloughlin.com/wp-content/uploads/2024/06/2020.11.223.-DA-IA-guidelines-copy.pdf>. Voir enfin: "*Critères non contraignants pour l'application des articles 290 et 291 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne — 18 juin 2019*", (2019/C 223/01), publiés au Journal officiel de l'Union le 3 juillet 2019.

⁵² Voir en particulier : TUE, 29 mai 2024, *Hypo Vorarlberg Bank AG c. CRU*, T-395/22, ECLI:EU:T:2024:333, points 21-88.

⁵³ Voir en particulier : TUE, 13 décembre 2018, *Ville de Paris c. Commission*, T-339/16, T-352/16 et T-391/16, ECLI: ECLI:EU:T:2018:927, point 130 ; TUE, 22 mars 2023, *Tazzetti c. Commission*, T-825/19 et T-826/19, ECLI: ECLI:EU:T:2023:148, points 154-161, 165, 166, 184-207, 210, 211.

⁵⁴ Art. 29(2) des Règlements instituant les ESAs.

⁵⁵ Art. 10(1) du Règlement instituant l'AMLA.

ESAs prennent également l'initiative d'adopter des orientations de manière autonome, sur le fondement de l'article 16, afin d'« *établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives et assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l'Union* »⁵⁶.

Les orientations fournissent des précisions ou éclairent l'interprétation des textes de niveau 1 et 2. Elles ne sont pas supposées ajouter à l'ordonnancement juridique mais peuvent néanmoins, selon la Cour de justice de l'UE, « *compléter un acte juridiquement contraignant* »⁵⁷.

Les autorités de surveillance et les entités assujetties doivent aux termes de l'article 16 des règlements instituant les ESAs et de l'article 54 du règlement instituant l'AMLA, « *tout mettre en œuvre pour les respecter* ». Ces dispositions confèrent toutefois une certaine marge de manœuvre aux ANC ainsi qu'aux établissements financiers.

Les autorités nationales peuvent ainsi refuser d'appliquer, partiellement ou totalement, des orientations ou recommandations, en justifiant de leur choix, selon un mécanisme de *comply or explain* (appliquer ou expliquer, voir Annexe 9).

La transparence de ce processus pourrait être améliorée. D'une part, les ESAs ne mentionnent pas systématiquement, dans leurs rapports annuels, les motifs des décisions de non-conformité totale ou partielle des ANC. Cette pratique, mise en œuvre par l'EBA dans ses rapports, au sein d'une section intitulée « *Regulatory compliance of guidelines and recommendations* » et abandonnée depuis 2019, donnait à voir les objections de nature juridique des autorités, assurant ainsi une plus grande transparence du processus de *comply or explain*, mais également des débats entre ANC lors de l'adoption des orientations par le Conseil des Autorités de Surveillance. D'autre part, les tableaux de conformité ne sont pas toujours aisément accessibles et ne permettent pas toujours de savoir quels sont les motifs qui ont poussé une ANC à ne pas se déclarer conforme, ce qui peut poser un problème en termes de « *level playing field* ».

Bien que les ANC rendent un avis conforme dans la majorité des cas, elles se déclarent parfois partiellement non conformes. Ceci en raison d'un défaut de base légale dans les actes de niveau 1 que les orientations entendent compléter, d'une contradiction avec un autre acte, d'une redondance avec la loi nationale qui propose des mesures différentes mais avec un effet équivalent, d'une contradiction avec le droit interne, ou encore d'un manque de proportionnalité.

⁵⁶ Art.16 des Règlements instituant les ESAs; art. 54 du Règlement instituant l'AMLA.

⁵⁷ A propos de recommandations : CJCE, 13 déc. 1989, *Grimaldi*, aff. C-322/88, point 18 ; CJUE, 15 sept. 2016, *Koninklijke KPN e.a.*, aff. C-28/15, point 41 ; CJUE, 25 mars 2021, *Balgarska Narodna Banka*, aff. C-501/18, point 80. A propos d'orientations : CJUE, 15 juillet 2021, préc., point 71.

Quelques exemples de non-conformité partielle par des ANC

En Allemagne, la BaFin en 2018 a décidé de ne pas appliquer certaines sections des orientations sur l'évaluation de compétence des membres du « *management body* » et des titulaires de fonctions clés⁵⁸ en raison d'un défaut de base légale dans la directive 2013/36 et d'un risque de conflit avec le droit allemand du travail sur les critères d'indépendance formelle⁵⁹. En France, l'ACPR a reconnu des pratiques équivalentes aux exigences de ces orientations. Elle a aussi récemment estimé ne pas disposer de la base légale suffisante pour se conformer complètement aux orientations portant sur l'exclusion relative aux « réseaux limités » de la DSP2. Précédemment, elle n'avait déclaré se conformer que partiellement aux orientations relatives à l'octroi et au suivi des prêts.

En Allemagne, Danemark, Espagne, France, Irlande, Italie et Suède, la conformité n'a été que partielle pour les Orientations relatives à l'exemption pour les activités de tenue de marché et les opérations de marché primaire dans le cadre du Règlement (UE) n° 236/2012, pour des raisons différentes (absence de base légale dans le niveau 1, distorsion de concurrence...) ⁶⁰. On notera qu'il est arrivé qu'une ANC revienne sur sa position et qu'après s'être déclarée conforme, elle se déclare partiellement conforme seulement, un an plus tard, ayant réalisé que les orientations ajoutaient des obligations sans base légale dans le texte de niveau 1 et en contradiction avec des mesures nationales.

Quant aux établissements, s'ils doivent « *tout mettre en œuvre* » pour respecter les orientations aux termes de l'article 16 des règlements instituant les ESAs (et de l'article 54 du règlement instituant l'AMLA), ils demeurent libres d'en décider autrement en justifiant de leur décision dans le cadre du dialogue de supervision, en proposant des mesures équivalentes en particulier. Ainsi, en matière de gouvernance interne, certains établissements de crédit ont fait valoir des organisations internes préexistantes reprenant les principes de la Directive CRD.

De récents développements contentieux, notamment au niveau des Etats membres, ont mis en lumière la portée juridique incertaine des orientations des ESAs et, en particulier, la question de savoir si l'obligation, pour les établissements, de tout mettre en œuvre pour les respecter, est conditionnée par la déclaration de conformité de leur autorité nationale (voir *infra*, 1^e partie, 1.3.2.).

1.3.1.2. Les Q&A des ESAs

Les questions-réponses, dont la pratique a été consacrée dans les règlements instituant les ESAs lors de la réforme de 2019, sont un outil conçu pour apporter des réponses à des questions des parties prenantes (autorités nationales, établissements, etc.) sur la manière de traiter certains aspects techniques de la réglementation. Elles sont publiées sur le site de l'Autorité concernée. Face au grand nombre de questions

⁵⁸ Orientations en matière d'évaluation de l'aptitude des membres de l'organe de direction et des titulaires de postes clés, ESMA35-36-2319 ; EBA/GL/2021/06, 2 juillet 2021.

⁵⁹ Selon la BaFin, les critères formels prévus dans les orientations pour l'appréciation de l'indépendance des membres de l'organe de direction ne sont pas compatibles avec le droit allemand du travail et avec les dispositions relatives à la codétermination (participation des salariés aux décisions de l'entreprise), ni avec les lois des Länder relatives aux caisses d'épargne publiques, à leurs organes de direction et à leur fonction de surveillance.

⁶⁰ ESMA, Orientations, Exemption pour les activités de tenue de marché et les opérations de marché primaire au titre du Règlement (UE) n° 236/2012 du Parlement européen et du Conseil sur la vente à découvert et certains aspects des contrats d'échange sur risque de crédit, ESMA/2013/74.

envoyées à l'EBA et aux difficultés rencontrées pour publier des réponses dans un calendrier raisonnable, celle-ci a publié en février 2022 un communiqué indiquant qu'elle se donnait pour objectif de clôturer toute question dans les neuf mois suivant sa réception, tout en précisant quelques critères de recevabilité⁶¹.

Les réponses sont censées clarifier l'application et/ou les modalités de mise en œuvre pratique des textes de niveau 1 ou 2. Lorsqu'une question suppose une interprétation du droit de l'Union, l'ESA concernée doit en référer à la Commission, qui adopte une décision formelle⁶². Parce qu'il est impossible de comprendre un texte juridique autrement qu'en l'interprétant, la distinction entre ce qui relève du ressort des Autorités et ce qui relève de la Commission n'est à ce jour pas claire pour les établissements financiers, qui ne savent jamais qui, en dernier ressort, apportera les clarifications espérées. Les critères qui permettent aux autorités de distinguer ce qui relève de leur compétence ne sont d'ailleurs pas connus.

Les réponses, qu'elles émanent de l'Autorité ou de la Commission, ne sont pas contraignantes. Mais elles sont largement reprises dans les documents explicatifs des autorités de supervision (ANC et BCE), qui en pratique ont tendance à exiger leur application, ou inversement à les écarter, selon les circonstances. En pratique, certaines Q&A sont mises à jour une fois par trimestre, ce qui entraîne des coûts d'adaptation importants pour les établissements. Il arrive également que certaines Q&A contredisent des réponses précédemment publiées sans qu'il en résulte un constat d'obsolescence, ce qui pour les établissements constitue également un facteur d'insécurité et d'incertitude.

Les Q&A

En vertu de l'article 16 *ter* des règlements instituant les ESAs, les Q&A permettent d'éclairer « *l'application ou la mise en œuvre pratique des dispositions des actes législatifs visés à l'art 1^{er}, paragraphe 2, des actes délégués et d'exécution associés ainsi que des orientations et des recommandations adoptées en application de ces actes législatifs* ». Elles peuvent être soumises à l'ESA « *par toute personne physique ou personne morale, y compris les autorités compétentes et les institutions et organes de l'Union, dans l'une des langues officielles de l'Union* ».

La réponse, qui doit être rédigée en anglais ainsi que dans la langue de la question, est compilée sur le site internet de l'ESA dans un tableau Excel et est classée en fonction de la date (de soumission/de réponse) ou du fondement textuel. Elle émane de l'ESA ou, dans le cas où la question requiert l'interprétation du droit de l'Union européenne, de la Commission européenne. L'article 16 *ter* précise que les réponses ne sont pas

⁶¹ L'EBA a annoncé vouloir donner la priorité aux questions-réponses contribuant le plus à l'harmonisation de la réglementation et de la surveillance dans l'UE, sur la base des critères d'admissibilité suivants : i) sont pertinentes pour un large éventail de parties prenantes, ii) sont importantes d'un point de vue prudentiel, des paiements, de la protection des consommateurs, de la résolution ou d'autres perspectives relevant de la compétence de l'EBA, iii) nécessitent des orientations ou des éclaircissements. Ces critères doivent également être pris en compte lors de la nouvelle soumission de questions qui ont été rejetées comme indiqué ci-dessus. L'EBA prend également des mesures pour viser la clôture des questions-réponses dans un délai de 9 mois, notamment en concentrant le processus sur la réponse aux questions-réponses qui soulèvent des questions importantes pertinentes pour un large éventail de parties prenantes et pour lesquelles des orientations ou des éclaircissements supplémentaires de l'EBA apporteraient une réelle valeur ajoutée. Si, exceptionnellement, ce délai est peu susceptible d'être respecté, l'auteur de la soumission en sera informé et des mesures supplémentaires seront prises pour assurer une finalisation rapide.

⁶² Art. 16 *ter* des Règlements instituant les ESAs tels que modifiés par le Règlement (UE) n° 2019/2175.

contraignantes et, quand la Commission européenne procède à l'interprétation d'une notion, elle accole un avertissement (parfois désigné sous le terme de clause de non-responsabilité) selon lequel l'interprétation relève en principe du juge de l'Union européenne, qui seul peut interpréter de façon contraignante.

L'ESA a toute liberté pour refuser de répondre, sans justification. Les questions rejetées doivent simplement être publiées sur le site internet de l'ESA dans un délai de deux mois.

1.3.1.3. Les autres actes de *soft law* des ESAs

Les ESAs produisent de nombreux textes complémentaires.

L'ESMA publie, outre les orientations et les recommandations prévues par les règlements fondateurs, de nombreux autres actes de *soft law* : « manuel de surveillance », « meilleures pratiques », « avertissements », « *supervisory statements* », « *public statements* », adressés tantôt aux autorités nationales de surveillance, tantôt aux opérateurs supervisés ou aux investisseurs.

L'EIOPA n'est pas en reste. Elle publie ainsi des *warnings* à destination des acteurs du marché, dans une finalité de supervision⁶³ qui va au-delà de la finalité classique de ces instruments, destinés à assurer la protection des investisseurs/consommateurs⁶⁴. On peut aussi citer ses travaux menés sur le concept de *Value for money* : à partir du concept de gouvernance produit consacré par la directive IDD⁶⁵, l'EIOPA a ainsi initié des travaux sur le concept de *Value for Money*⁶⁶, repris ensuite dans la proposition de directive RIS⁶⁷. Sans attendre l'issue des travaux sur cette proposition législative,

⁶³ EIOPA Warning to insurers and banks on Credit Protection Insurance (CPI) products, 30 septembre 2022. Le texte du *warning* met en évidence la volonté de l'EIOPA d'influencer le comportement des acteurs. v., p. 5, « *EIOPA will follow up on the implementation of this Warning by insurers and banks including on the measures taken by the competent authorities to address the issues identified by the thematic review in their markets* ». v., p. 4, « *If insurers and banks fail to comply with the requirements set out in the IDD and the POG Delegated Regulation, they can expect competent authorities to exercise their supervisory powers – taking into account the principle of proportionality – including on-site inspections and other investigatory powers. In the event of a breach and depending on the gravity of the breach, insurers and banks can expect appropriate sanctions to be imposed and/or administrative measures to be taken* ».

⁶⁴ Art. 9(3) du Règlement (UE) n° 1094/2010 : « *L'Autorité peut également émettre des alertes lorsqu'une activité financière constitue une menace grave pour les objectifs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 6* ».

⁶⁵ Directive (UE) n° 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

⁶⁶ V. EIOPA, Consultation Paper du 13 av. 2021 sur le « cadre » et les principes à mettre en place ; Supervisory Statement on assessment of value for money of unit-linked insurance products under product oversight and governance du 30 nov. 2021 :

https://www.eiopa.europa.eu/document/download/090082ab-0e6b-4a9a-b167-ddb840a89599_en?filename=Supervisory%20statement%20on%20assessment%20of%20value%20for%20money%20of%20unit-linked%20insurance%20products%20under%20product%20oversight%20and%20governance.

⁶⁷ Proposition de directive du Parlement Européen et du conseil modifiant les directives 2009/65/CE, 2009/138/CE, 2011/61/UE, 2014/65/UE et (UE) 2016/97 en ce qui concerne les règles de l'Union en matière de protection des investisseurs de détail, Bruxelles, 24 mai 2023, COM(2023) 279 final 2023/0167(COD).

l'EIOPA a poursuivi les siens,⁶⁸ encourageant notamment le développement de benchmarks⁶⁹, dont le principe fait pourtant débat⁷⁰. L'EIOPA se défend d'anticiper la RIS, invoquant les textes applicables en matière de distribution d'assurance actuellement en vigueur pour justifier ses travaux.

1.3.1.4. La *soft law* de la BCE

Outre ses missions de politique monétaire⁷¹, dans le cadre du Mécanisme de surveillance unique (MSU), le Règlement (UE) n° 1024/2013 (« le Règlement MSU ») n'a confié à la BCE un pouvoir réglementaire que pour l'organisation des modalités de fonctionnement du MSU⁷². Pour le reste, l'exercice de ses pouvoirs de contrainte relève uniquement des décisions individuelles adoptées au titre de la supervision prudentielle, ou des sanctions prononcées à l'encontre d'un établissement directement supervisé.

Cependant, aux fins de l'accomplissement de ses missions de supervision prudentielle, la BCE « *adopte des orientations et des recommandations* », comme le prévoit l'article 4(3) du Règlement MSU. Sur cette base, la BCE produit une *soft law* abondante. Elle a, par exemple, publié des recommandations adressées aux établissements de l'Union bancaire en matière de versement de dividendes⁷³. Les guides, lignes directrices, standards, méthodologies ou lettres de supervision publiés régulièrement par ses soins, apportent également des précisions sur la manière dont elle applique la réglementation et ce qu'elle attend d'un « *établissement prudent* ». Par exemple, la BCE a publié des guides sur les options et discrétions en droit national⁷⁴, les procédures relatives aux participations qualifiées⁷⁵, les modèles internes⁷⁶, les risques liés au climat et à l'environnement⁷⁷, la couverture du risque de crédit en lien avec les prêts devenus non performants⁷⁸, ou encore sur la gouvernance

⁶⁸ Voir en particulier, EIOPA, Avis Technique du 29 avril 2022, dans lequel l'autorité promeut ses travaux en matière de VFM. EIOPA, Methodology to assess value for money in the unit-linked market, 31 oct. 2022,

https://www.eiopa.europa.eu/document/download/418147ff-ac93-4829-9055-b3bf96c1f03e_en?filename=Methodology%20to%20assess%20value%20for%20money%20in%20the%20unit-linked%20market.pdf. La notion de benchmark est évoquée pour la première fois page 16 du document: « *It is expected that with the implementation of the methodology more evidence would be gathered and benchmarks for relevant cluster could be gradually considered* ».

⁶⁹ Le 15 décembre 2023, l'EIOPA a lancé une *Consultation on Methodology on Value for Money Benchmarks*, clôturée en mars 2024.

⁷⁰ V. le projet de rapport de S. Yon Courtin qui appelle à supprimer de la proposition RIS les dispositions introduisant ces benchmarks dans la directive IDD : Projet de rapport, 9 oct. 2023, 2023/0167(COD), spéc. Amendement 9, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/ECON-PR-753711_FR.pdf.

⁷¹ Celles-ci sont en-dehors du périmètre du présent rapport.

⁷² Art. 4 (3) du règlement MRU : « *La BCE peut également adopter des Règlements, mais uniquement dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour organiser ou préciser les modalités de l'accomplissement des missions qui lui sont confiées par le présent Règlement.* »

⁷³ BCE, *Recommandation de la BCE du 27 mars 2020 relative aux politiques de distribution de dividendes pendant la pandémie de COVID-19 et abrogeant la recommandation BCE/2020/1*, BCE/2020/19.

⁷⁴ BCE, Guide relatif aux options et facultés prévues par le droit de l'Union, mars 2022.

⁷⁵ BCE, Guide sur les procédures relatives aux participations qualifiées, mars 2023.

⁷⁶ ECB guide to internal models, février 2024 (non disponible en français).

⁷⁷ BCE, Guide relatif aux risques liés au climat et à l'environnement, novembre 2020.

⁷⁸ BCE, Lignes directrices pour les banques en ce qui concerne les prêts non performants, mars 2017.

interne des établissements⁷⁹. Enfin, après avoir vu ses sanctions annulées en raison d'une insuffisance de motivation de ses décisions de sanction concernant la détermination du montant des sanctions pécuniaires, c'est désormais sur son propre guide méthodologique des sanctions qu'elle s'appuie pour fixer le montant d'une amende⁸⁰.

Pour clarifier ses pratiques en matière de *soft law*, la BCE a publié en 2019 une taxonomie des actes, notamment non contraignants, adoptés au titre des missions qu'elle exerce en matière de supervision prudentielle⁸¹. L'exercice de clarification est cependant demeuré incomplet, puisque la BCE publie parfois des documents exprimant des attentes de supervision et qui, pourtant, ne figurent pas dans la taxonomie. La BCE le reconnaît d'ailleurs lorsqu'elle affirme que :

« Bien que la plupart des documents rendus publics par la BCE dans l'exercice de ses missions de surveillance puissent être classés dans l'une des grandes catégories, tous ces documents ne correspondent pas parfaitement à l'une de ces catégories ».

Tel est le cas des communiqués de presse exprimant des attentes de supervision, tels ceux sur les prêts non performants⁸², qui ne figurent pas dans la taxonomie proposée par la BCE. Ces communiqués, qui portent sur des stocks de créances « douteuses » non appréhendés par la réglementation de niveau 1 et dont la valeur juridique est incertaine, constituent pourtant la référence de la BCE en matière de supervision du risque lié à ces catégories d'engagements.

En outre, certains guides ou lettres adressés aux établissements ajoutent aux obligations prévues par les textes de niveau 1 et 2, parfois en contradiction avec des textes d'application au niveau national. Le guide de la BCE sur le « *Fit & Proper* » indique par exemple que « *la BCE et les ANC s'efforcent d'interpréter les règles nationales de manière cohérente avec les orientations politiques* ». Une lettre de la BCE de mi-janvier 2022 visait à imposer en France une évaluation *ex-ante*, par les autorités de surveillance (ANC et BCE), du directeur général et des membres exécutifs de l'organe de direction, alors que la directive 2013/36 laisse aux Etats membres le choix entre évaluation *ex-ante* et *ex-post*. La BCE a finalement reconnu qu'elle ne pouvait pas l'imposer en l'état actuel du droit. Un autre exemple peut être donné avec l'*addendum* au guide sur les prêts devenus non performants, dont la première version avait été critiquée par les services juridiques du Parlement et du Conseil comme ajoutant des règles de caractère général au texte de niveau 1 pertinent, de surcroît différentes de celles posées par l'EBA⁸³.

⁷⁹ BCE, Guide relatif à l'évaluation de l'honorabilité, des connaissances, des compétences et de l'expérience, décembre 2021.

⁸⁰ TUE, 8 juill. 2020, *Crédit Agricole c. BCE*, T-576/18.

⁸¹ Rinke Bax et Andreas Witte, *The taxonomy of ECB instruments available for banking supervision*, ECB Economic Bulletin, Issue 6/2019.

⁸² ECB announces further steps in supervisory approach to stock of NPLs, 11 juillet 2018, communiqué de presse; ECB revises supervisory expectations for prudential provisioning for new non-performing loans to account for new EU regulation, 2 août 2019, communiqué de presse.

⁸³ Voir Annexe 3.

Cet exemple illustre un autre type de difficulté, qui tient à l'articulation entre les actes de *soft law* de la BCE et les orientations de l'EBA. En premier lieu, il arrive que la BCE ajoute aux exigences détaillées de l'EBA, comme c'est le cas pour les projets d'orientations sur le *cloud outsourcing*. En deuxième lieu, la BCE publie parfois un projet de guide avant même que ne soient publiés les textes pour lesquels les ESAs ont reçu un mandat des colégislateurs, comme pour le projet de guide BCE sur la gouvernance et la culture du risque publié fin juillet 2024.

Enfin, il existe parfois des contradictions entre les orientations prises par l'EBA, auxquelles la BCE se déclare conforme de façon quasi systématique, et les méthodologies que la BCE publie pour préciser davantage ses propres attentes. Par exemple les Orientations de l'EBA sur le SREP⁸⁴, qui décrivent une évaluation prudentielle fondée sur un jugement expert dont les constatations sont propres à chaque établissement et tiennent compte de sa taille, de son modèle d'affaires, de sa nature, de l'échelle et de la complexité de ses activités, sont contredites par la méthodologie du SREP en cours de réforme par la BCE, reposant sur toujours plus de comparabilité et d'horizontalisation de la supervision, tant dans ses méthodes que dans son issue.

Si la BCE devait dévier des orientations de l'EBA adressées aux établissements, ces derniers pourraient être amenés à déployer les deux corpus de droit souple divergents, celui issu des travaux de l'EBA dont c'est la responsabilité première d'harmoniser l'interprétation du droit de l'Union et de faire converger les pratiques de supervision, et celui issu des travaux de la BCE. Au-delà du manque de cohérence et de l'insécurité juridique qui résulterait d'une telle situation, ces attentes de la BCE remettraient en question l'uniformité du Recueil réglementaire unique, contredisant ainsi les objectifs poursuivis par le législateur.

1.3.1.5. La *soft law* du CRU

De même, le Conseil de Résolution unique est extrêmement prolifique en matière de *soft law*, publiant, le plus souvent sans consultation publique ni contrôle, de nombreux documents précisant ses attentes concernant la mise en œuvre du Règlement sur le Mécanisme de Résolution Unique, tels que les *Expectations for Banks*⁸⁵, la *MREL policy 2024*⁸⁶, le *MREL Dashboard*, les *Operational Guidances*⁸⁷, ou précisant son approche en matière de *Public Interest Assessment* ou *Critical functions*.

Par exemple, les « *Expectations for banks 2019* » précisent notamment que « *les prestataires de services ne peuvent pas résilier, suspendre ou modifier les conditions de prestation de services pour des raisons de résolution/restructuration, à condition que les obligations substantielles du contrat continuent à être exécutées* ». Le terme d'« *expectations* », qui ne correspond à aucune catégorie juridique connue, suscite

⁸⁴ Orientations de l'EBA sur les procédures et les méthodologies communes révisées à appliquer dans le cadre du processus de contrôle et d'évaluation prudentiels (SREP) et des tests de résistance prudentiels, EBA/GL/2022/03, 18 mars 2022.

⁸⁵ CRU, *Expectations for banks*, mars 2020.

⁸⁶ CRU, *MREL Policy*, mai 2024. Des documents sur le même sujet avaient été publiés par le CRU précédemment, notamment en 2017, 2018, 2020 ou 2022.

⁸⁷ A l'heure actuelle le CRU a publié onze « *operational guidances* », consultables ici : <https://www.srb.europa.eu/en/content/operational-guidance>.

des interrogations et des incertitudes quant à leur portée juridique. La répétition d'un « *disclaimer* » relatif à l'absence d'effet contraignant dans chacune de ces publications ne semble pas réduire dans les faits l'exigence de leur application.

On peut aussi souligner que les attentes de supervision du CRU ne trouvent pas leur source que dans le règlement MRU. Ainsi le Règlement DORA, dont l'article 30 est consacré au contenu minimum des accords contractuels relatifs à l'utilisation de services TIC, vise-t-il notamment « *les droits de résiliation et les délais de préavis minimaux correspondants pour la résiliation des accords contractuels, conformément aux attentes des autorités compétentes et des autorités de résolution* »⁸⁸. On peut s'étonner que le texte de niveau 1 s'en remette ainsi aux attentes qui seront exprimées par les autorités. Dans un discours prononcé en février 2023, le Président du CRU, se réjouissant du rôle confié aux agences responsables de la résolution, a annoncé que le CRU travaillait à la mise en œuvre de DORA⁸⁹.

1.3.1.6. La *soft law* d'origine privée

L'inflation de la *soft law* est encore amplifiée, dans le domaine bancaire et financier, par l'influence des normes d'origine privée sur la production normative européenne⁹⁰. Deux domaines très sensibles concernés par cette situation sont la finance durable et la cybersécurité.

Concernant la finance durable, deux visions s'opposent au sujet de l'évaluation par les banques de l'usage des fonds accordés aux entreprises et de la durabilité réelle de l'activité ainsi financée. En effet, le Comité de Bâle, le 3 novembre 2021, a apporté son soutien à l'annonce faite par la fondation des normes internationales d'information financière (IFRS) relative à la création de l'*International Sustainability Standards Board* (ISSB) chargé d'élaborer des normes mondiales afin d'améliorer la cohérence, la comparabilité et la fiabilité des rapports sur le développement durable⁹¹. Parallèlement, au niveau européen, la Commission européenne a confié un mandat identique à l'EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*) afin de mener des travaux sur la normalisation des données non-financières. Or, si l'ISSB prône la mise en œuvre d'une analyse de « matérialité simple », également qualifiée de matérialité financière⁹², l'EFRAG a choisi de demander aux entreprises de réaliser une analyse de « *double matérialité* », mesurant à la fois les impacts de l'entreprise sur l'environnement et ceux de l'environnement sur l'entreprise. Ainsi, des

⁸⁸ Règlement (UE) 2022/2554 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 sur la résilience opérationnelle numérique du secteur financier et modifiant les règlements (CE) no 1060/2009, (UE) no 648/2012, (UE) no 600/2014, (UE) no 909/2014 et (UE) 2016/1011.

⁸⁹ « *The role of the SRB and its priorities for the coming months* », Florence Financial Regulation and Governance Bank Resolution Academy, discours prononcé par le Président du CRU Dominique Laboureix, 24 février 2023.

⁹⁰ L'influence des normes d'origine privée n'affecte pas que la production de la *soft law* européenne, mais également les textes de niveau 1, comme le relevait le Parlement européen dans une résolution adoptée en 2016, concernant l'influence des standards Bâlois : European Parliament resolution of 12 April 2016 on the EU role in the framework of international financial, monetary and regulatory institutions and bodies (2015/2060(INI)), P8_TA(2016)010.

⁹¹ Communiqué de presse, Comité de Bâle, « Basel Committee supports the establishment of the International Sustainability Standards Board », 3 novembre 2021, consultable ici : <https://www.bis.org/press/p211103.htm>.

⁹² Il s'agit d'une approche « Outside-In », à savoir la mesure des impacts positifs et négatifs que l'Environnement (économique, social, naturel) exerce sur l'entreprise.

standards anglo-saxons, ayant une vocation internationale, pourraient ne pas être cohérents avec une directive reflétant les valeurs d'une Europe très engagée dans la finance durable.

Concernant la cybersécurité, la BCE considère que les normes du NIST (*National Institute of Standards and Technology*)⁹³ constituent un cadre de référence créant un outil d'analyse sur mesure, intitulé « questionnaire sur le risque de cybercriminalité »⁹⁴. Ce cadre peut même être repris dans un cadre de supervision nationale⁹⁵. On peut là encore s'interroger sur la soumission en pratique des établissements européens à des normes américaines, en marge de tout processus réglementaire, par le truchement des pratiques de supervision de la BCE.

1.3.2. Des actes à la portée incertaine

Le principe de l'équilibre institutionnel au sein de l'UE implique que chacune des institutions agisse dans le cadre des attributions qui lui sont conférées par les traités, conformément à la répartition des compétences. Ce principe posé par l'arrêt *Meroni* de la Cour de Justice⁹⁶ interdit tout empiètement par une institution sur les pouvoirs attribués à une autre. Il signifie également que des compétences impliquant l'exercice de pouvoirs discrétionnaires ne puissent être déléguées à des entités autonomes - telles que des agences - qui n'ont pas été prévues par les traités. Ainsi l'adoption de décisions contraignantes par des agences devrait, d'une manière générale, se limiter à des questions strictement techniques, sans dépasser des limites étroites définies dans l'acte de base.

S'agissant des ESAs, du CRU et de l'AMLA, selon la « doctrine *Meroni* », récemment rappelée dans un arrêt concernant les pouvoirs du CRU, les délégations de pouvoirs aux organismes établis par le législateur de l'UE ne se présument pas et doivent être strictement délimitées⁹⁷. A cet égard, il est exclu de déléguer un pouvoir normatif, impliquant l'exercice d'un « *pouvoir discrétionnaire impliquant une large liberté d'appréciation, qui est susceptible de traduire, par l'usage qui en est fait, une véritable politique économique* »⁹⁸.

Les actes de *soft law* ne sont pas juridiquement contraignants⁹⁹. Cependant, l'état du droit et la pratique institutionnelle s'avèrent bien plus ambigus. D'une part, des actes de *soft law* de l'Union sont parfois intégrés dans des lois nationales ou dans d'autres instruments contraignants de droit interne. Ainsi, les orientations EBA/ESMA sur

⁹³ Rattaché au Département du Commerce des Etats-Unis d'Amérique.

⁹⁴ Rapport annuel de la BCE sur ses activités prudentielles 2015.

⁹⁵ Pour un exemple d'application : « Cyber sécurité et risque informatique : les enjeux pour les établissements financiers », ACPR, 15 juin 2018

https://acpr.banquefrance.fr/sites/default/files/medias/documents/20180615_asf.pdf

⁹⁶ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co. c. Haute Autorité de la CECA*, Aff. 9-56.

⁹⁷ CJUE, 18 juin 2024, *Commission européenne c. Fundación Tatiana Pérez de Guzmán el Bueno et al.*, C-551/22 P, point 70.

⁹⁸ CJUE, 18 juin 2024, préc., point 70.

⁹⁹ L'article 288(5) TFUE dispose que les avis et les recommandations des institutions de l'Union ne lient pas. Une jurisprudence de la CJUE étend le principe aux avis et recommandations des agences de l'Union, en ce compris les ESAs et le CRU ; Voir CJUE, 25 mars 2021, *BT c. Balgarska Narodna Banka*, Aff. C-501/18.

l'évaluation des membres du conseil d'administration et les responsables de fonctions clés¹⁰⁰ ont été intégrées dans la loi bancaire polonaise¹⁰¹. D'autre part, les autorités de supervision ont tendance en pratique à exiger des opérateurs une conformité totale aux actes de *soft law*, en n'hésitant pas à évoquer les conséquences possibles d'un irrespect, c'est-à-dire l'imposition d'exigences prudentielles additionnelles. Il est arrivé qu'il soit demandé aux directions des banques de s'engager par écrit à respecter la *soft law* des ESAs et tout autre instrument non formellement contraignant considéré pertinent par le superviseur¹⁰². La BCE demande régulièrement aux établissements qui s'écarteraient d'orientations de l'EBA d'adopter des mesures de remédiation. De même, les *stress tests* conduits sous l'égide de l'EBA et selon ses orientations - dont les méthodologies ne sont pas toujours soumises à consultation et débat public - contribuent en pratique à la détermination d'exigences prudentielles supplémentaires, alors même que la valeur de la méthodologie finale adoptée est peu transparente.

A cette portée ambivalente qui caractérise les actes de *soft law* s'en ajoute une autre, spécifique aux orientations des ESAs (ainsi que de l'AMLA), objet d'un mécanisme de *comply or explain*.

Les orientations des ESAs et de l'AMLA

Les alinéas de l'article 16, paragraphe 3, des règlements instituant les ESAs (ainsi que de l'article 24, paragraphe 3, du règlement instituant l'AMLA) sont difficiles à concilier. Ils prévoient en effet que :

« Les autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter les orientations (al. 1^{er}).

Dans un délai de deux mois suivant l'émission d'une orientation, chaque autorité compétente indique si elle respecte ou entend respecter cette orientation (...) (al. 2) ; Si l'orientation le requiert, les établissements rendent compte, de manière précise et détaillée, du respect ou non de ces orientations (al. 4). »

Selon la jurisprudence de la CJUE, les orientations ne peuvent être regardées comme produisant des effets juridiques obligatoires à l'égard des ANC¹⁰³, du fait du mécanisme de *comply or explain*, ni être considérées comme produisant, en tant que telles, des effets obligatoires à l'égard des établissements¹⁰⁴.

¹⁰⁰ EBA/GL/2021/06; ESMA35-36-2319.

¹⁰¹ Article 22 et suivants.

¹⁰² Par exemple, certaines ANC ont pu proposer dans des formulaires types que les dirigeants effectifs et membres du conseil d'administration d'un établissement de crédit déclarent : « je suis conscient(e) des responsabilités conférées par les législations européenne et nationale et par les normes internationales, dont la réglementation, les codes de conduite, les notes d'orientation, les lignes directrices et autres règles ou directives émises par la BCE, les autorités compétentes nationales et l'Autorité bancaire européenne (ABE), dont relève la fonction pour laquelle une évaluation positive est recherchée, et confirme également mon intention de toujours m'y conformer ».

¹⁰³ Néanmoins, dès lors qu'une institution ou agence de l'Union a déclaré se conformer à un acte de *soft law* européen, celui-ci peut lui être opposé par les tiers sur le terrain du principe de protection des attentes légitimes, comme le rappelle un document de recherche de la CJUE relatif à la recevabilité des recours contre les actes de *soft law*, dans les termes suivants : « *The perception that such an instrument is binding and mandatory may then either form the basis of an action based on 'legitimate expectation' or provide access to justice, so that an applicant is not without a remedy, in particular when he has acted in accordance with the instrument in question.* », voir : Research note, *Admissibility of court actions against 'soft' law measures*, 2017, consultable ici :

https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2024-04/ndr_admissibility_of_court_actions_against_soft_law_measures_en.pdf.

¹⁰⁴ CJUE, 15 juill. 2021, préc., points 45 et 46.

Les orientations ne peuvent, pour autant, être considérées comme étant dépourvues de tout effet juridique. Comme les recommandations¹⁰⁵, elles relèvent « *d'un pouvoir d'incitation et de persuasion, distinct du pouvoir d'adopter des actes dotés d'une force obligatoire* »¹⁰⁶. La Cour de justice ajoute, non sans ambiguïté, que des orientations peuvent « *compléter un acte juridiquement contraignant* »¹⁰⁷, en sorte que les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération en vue de résoudre les litiges qui leur sont soumis.

Dans l'arrêt *FBF c. ACPR*, la CJUE considère que les orientations ne produisent par elles-mêmes aucun effet juridique obligatoire. Cela étant, la Cour relève que les orientations peuvent produire des effets juridiques par le truchement des ANC, que celles-ci adoptent des actes de droit national incitant les établissements à modifier de manière significative leurs pratiques et/ou qu'elles tiennent compte des orientations dans la conduite des évaluations prudentielles individuelles. L'EBA elle-même souligne dans une étude récente¹⁰⁸ que le mécanisme de *comply or explain*, en ce qu'il fait peser sur les autorités compétentes l'obligation de s'assurer que les établissements se conforment à leur tour aux orientations, les contraint à « *incorporer les guidelines dans leur ordre juridique national* », via l'adoption d'actes parfois revêtus d'un caractère contraignant. Si dans la majorité des cas, les autorités nationales ont recours à des instruments non contraignants pour introduire les orientations en droit national, cela n'est en effet pas toujours le cas (voir *supra*).

Cela étant, de son côté, le Conseil d'Etat français a considéré, en 2022, que les établissements sont tenus de tout mettre en œuvre pour respecter les orientations « *quand bien même les autorités de régulation compétentes, qu'il s'agisse de la BCE ou des autorités compétentes nationales, ne déclareraient se conformer qu'à une partie seulement de ces orientations* »¹⁰⁹. Une déclaration de non-conformité partielle ou de conformité différée de la part de l'autorité compétente n'exempterait donc pas les établissements de leur obligation de mettre tout en œuvre pour respecter les orientations. L'analyse est très discutable. Elle conduit à priver d'effet utile le mécanisme de *comply or explain* prévu par le texte. On peut se demander à quoi bon exiger que les autorités nationales se prononcent alors qu'aucune conséquence ne serait attachée à leur prise de position.

A cet égard, une difficulté supplémentaire se pose concernant les orientations de l'EBA, qui se trouvent dans une situation spécifique. Alors que les orientations des deux autres ESAs, en l'absence de supervision intégrée, ne font l'objet de déclarations de conformité qu'au niveau national, les orientations de l'EBA font l'objet de déclarations par les autorités compétentes des Etats membres mais aussi par la BCE, au titre du MSU, en ce qui concerne les établissements soumis à sa supervision directe. En sa qualité d'autorité compétente pour exercer la surveillance des établissements de crédit en vertu du Règlement MSU, la BCE est en effet liée par l'article 16 du règlement EBA. En conséquence, il lui appartient de notifier à l'EBA son intention de respecter ou d'entendre respecter les orientations ou les recommandations. Or il arrive que l'autorité nationale déclare ne se conformer que partiellement, ou de façon différée, à des

¹⁰⁵ Art. 288(5) TFUE : « *Les recommandations et les avis ne lient pas* ».

¹⁰⁶ CJUE, 20 févr. 2018, aff. C-16/16 P, *Belgique c. Commission*, point 26 ; CJUE, 15 juill. 2021, préc., point 48.

¹⁰⁷ CJUE, 15 juill. 2021, préc., point 71. Dans le même sens, à propos de recommandations : CJCE, 13 déc. 1989, aff. C-322/88, *Grimaldi*, point 18. – CJCE, 15 sept. 2016, aff. C-28/15, *Koninklijke KPN e.a.*, point 41. – CJUE, 25 mars 2021, aff. C-501/18, *Balgarska Narodna Banka*, point 80.

¹⁰⁸ Rafael Nebot Segui, « The characteristics and the legal nature of the supervisory and resolution handbook of the EBA », *EBA Staff paper Series*, n°15 – 07/2023, consultable ici : [EBA staff paper - Legal force of EBA Handbook.pdf \(europa.eu\)](#).

¹⁰⁹ CE, 9^e-10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, *FBF, ASF et CASA c. ACPR*, n° 449898.

orientations, tandis que la BCE déclare s'y conformer totalement et immédiatement¹¹⁰. La question de savoir si la BCE est tenue d'appliquer une déclaration de conformité partielle émise par une ANC, y compris aux établissements qui relèveraient de sa supervision directe, n'est pas tranchée en droit de l'Union¹¹¹. Mais l'hypothèse n'est pas inédite (voir, en France, le cas des orientations sur l'octroi et de suivi des prêts) et pour le moins délicate pour les établissements importants relevant de la supervision directe de la BCE (voir Annexe 6).

Les incertitudes relatives à la portée juridique des actes de *soft law*, et en particulier des orientations, entraînent des conséquences directes concernant la possibilité de soumettre ces actes au contrôle du juge.

1.3.3. Des actes soumis à un contrôle juridictionnel insuffisant

1.3.3.1. Un accès au juge restreint

En matière de *soft law*, l'accès au juge est relativement restreint. Ces actes, étant par définition dépourvus d'effets juridiques obligatoires, sont insusceptibles d'un recours direct devant le juge de l'Union européenne sur le fondement de l'article 263, paragraphe 4, TFUE tel qu'interprété par la CJUE.

La Commission européenne elle-même a reconnu, dans son rapport sur les ESAs de 2014¹¹², que la production d'orientations présentait de nombreux défis que le contrôle juridictionnel, pour l'essentiel inaccessible, ne permettait pas de régler en l'état de la jurisprudence de la Cour de justice concernant leur justiciabilité. La jurisprudence ultérieure n'a pas résolu ces défis.

L'article 263(1) du TFUE dispose que « *la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité des actes législatifs, des actes du Conseil, de la Commission et de la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et les avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil européen destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers. Elle contrôle aussi la légalité des actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* ». En application de cette disposition, la CJUE considère que les actes de *soft law* ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation.

Ils peuvent en revanche faire l'objet d'un renvoi préjudiciel devant la CJUE, pour interprétation ou appréciation de leur validité (voir Annexe 6). Selon les arrêts *FBF* et *BT contre Balgarska Narodna Banka*¹¹³, la CJUE est compétente pour se prononcer, à titre préjudiciel, respectivement, sur la validité d'orientations prises sur le fondement de l'article 16 des règlements instituant les ESAs ainsi que de recommandations

¹¹⁰ On ne relève pas de cas dans lesquels la BCE a notifié son intention de ne pas se conformer à des orientations de l'EBA.

<https://www.bankingsupervision.europa.eu/legalframework/regulatory/compliance/html/index.en.html>

¹¹¹ La jurisprudence existante sur l'application par la BCE du droit national de transposition du droit européen pourrait le laisser penser, à supposer que les actes par lesquels les ANC incorporent les guidelines de l'EBA relèvent effectivement du "droit national" au sens de l'article 4(3) du Règlement MSU.

¹¹² Commission européenne, Rapport du 8 août 2014 sur le fonctionnement des ESAs, COM/2014/0509 final.

¹¹³ Voir CJUE, 25 mars 2021, *BT c. Balgarska Narodna Banka*, aff. C-501/18.

prises sur le fondement de l'article 17, par lesquelles une ESA constate qu'une ANC a violé le droit de l'Union et appelle l'ANC à prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer.

Les voies de contestation sont donc étroites : les orientations ne pouvant faire l'objet d'un recours en annulation direct devant le Tribunal de l'Union européenne¹¹⁴, le requérant contrarié ne peut contester la légalité d'un tel acte que par le biais d'un renvoi préjudiciel (article 267 TFUE) ou en soulevant une exception d'illégalité (article 277 TFUE), autrement dit dans le cadre d'un contentieux visant un autre acte, de droit interne ou de droit de l'Union, dont l'illégalité trouve sa source dans l'acte de *soft law*.

Lorsque l'instrument de *soft law* européen a été relayé par un texte de droit interne, cela implique de saisir le juge national d'une demande d'annulation de l'acte interne déclinant l'instrument européen en cause, d'invoquer par voie d'exception l'invalidité de l'acte en question et d'inviter la juridiction nationale à renvoyer une question préjudicielle à la CJUE.

Encore faut-il pour cela qu'il existe un acte de droit interne susceptible de recours devant le juge national et que celui-ci accepte de procéder à un renvoi préjudiciel.

La première condition fait difficulté lorsque les orientations ont été reçues en droit interne par le biais d'un acte de *soft law* et que le droit national n'admet pas qu'un recours juridictionnel soit formé contre un tel acte. Si cette possibilité est ouverte dans certains Etats membres tels que la France, ce n'est pas le cas dans tous¹¹⁵. Un recours n'est alors possible que lorsqu'une décision individuelle a été prise sur le fondement de l'acte de *soft law*, comme en Autriche, au Luxembourg, aux Pays-Bas ou en Suède. A supposer que les établissements qui sont sous la supervision prudentielle directe de la BCE relèvent de sa déclaration de conformité aux orientations de l'EBA, à l'exclusion de celle qu'aurait pu prendre l'Autorité compétente de l'Etat membre dont ils relèvent, ils ne pourraient contester la déclaration de conformité de la BCE ni devant le juge de l'UE (puisque un acte de *soft law* de l'Union ne peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la Cour de justice), ni devant le juge national, nécessairement incompétent, ce qui leur fermerait par ricochet la possibilité de contester la validité des orientations elles-mêmes par la voie du renvoi préjudiciel. Dans certains Etats membres, par exemple en Allemagne, un recours pourrait être exercé devant une Cour constitutionnelle.

Quant à la seconde condition, si le renvoi préjudiciel est obligatoire en cas de doute sur la validité d'un acte de l'Union, le juge national peut refuser d'y procéder s'il estime précisément qu'il n'y a pas de doute sur l'interprétation ou la validité d'un acte de droit de l'Union, ce dont une affaire récente donne un malheureux exemple¹¹⁶. En effet, le juge national n'a pas le pouvoir de déclarer invalide un acte de droit de l'Union et doit

¹¹⁴ En principe les actes de *soft law* ne sont pas susceptibles de recours car ils ne produisent pas d'effets juridiques. Le juge européen recherche s'ils produisent « *des effets juridiques obligatoires* », et à cette fin examine la substance de l'acte, l'intention de l'auteur et au contexte de son édicton ; à ce jour aucun acte de droit souple issu des travaux des ESAs n'a été reconnu susceptible de recours, le juge européen estimant que l'es conditions n'étaient pas remplies.

¹¹⁵ Voir CJUE, Note de recherche, « Recevabilité des recours juridictionnels à l'encontre des actes de droit « souple » », juin 2017.

¹¹⁶ Voir CE, 9^e-10^e ch. réunies, 22 juill. 2022, *FBF, ASF et CASA c. ACPR*, n° 449898.

donc, s'il estime la critique sérieuse, en référer au juge de l'Union¹¹⁷. Si les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne sont en principe tenues de saisir la CJUE dès lors qu'une question relative à la validité d'un acte de droit de l'Union est soulevée devant elles (art. 267, al. 3 TFUE), elles peuvent se dispenser de le faire si elles constatent que la question n'est pas pertinente, que la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour, ou que l'interprétation correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable¹¹⁸.

Concernant enfin la possibilité de soulever l'illégalité d'un acte de *soft law* par exception, sur le fondement de l'article 277 TFUE, cela suppose d'apporter au juge européen la preuve que l'acte attaqué est fondé sur un instrument non contraignant. Or il est rare en pratique que les superviseurs fondent explicitement leurs décisions autrement que par référence aux textes de niveau 1 et 2. A supposer l'obstacle surmonté, la jurisprudence de la Cour atteste d'une interprétation à deux vitesses de la doctrine *Meroni* : s'il est acquis que les agences ne peuvent exercer un pouvoir contraignant impliquant une appréciation discrétionnaire de nature politique, s'agissant d'actes de *soft law*, la marge de manœuvre reconnue aux agences par le juge européen est, en l'état de la jurisprudence sur le sujet, très large¹¹⁹. Le succès d'un tel recours est donc rien moins que douteux.

1.3.3.2. Un contrôle ineffectif

Comme rappelé plus haut, les délégations ne se présument pas et seule est permise la délégation de pouvoirs nettement délimités¹²⁰, ce qui justifie en principe qu'un contrôle rigoureux soit exercé par le juge de l'UE, y compris à l'égard d'actes dépourvus d'effets obligatoires¹²¹.

La jurisprudence atteste malheureusement du caractère restreint du contrôle exercé par la Cour de justice quant à la validité des orientations des ESAs¹²². Dans l'affaire *FBF c. ACPR* relative à la validité des orientations de l'EBA en matière de gouvernance des produits bancaires de détail, évoquée plus haut, la Cour a en effet retenu une approche très large des pouvoirs de l'EBA, estimant qu'il suffit que les orientations soient considérées « *comme étant nécessaires pour assurer l'application*

¹¹⁷ CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, aff. 314/85, points 14 et 15.

¹¹⁸ CJCE, 6 oct. 1982, *Cilfit e.a.*, aff. 283/81, point 21 ; CJUE, gde ch., 6 oct. 2021, *Consorzio Italian Management*, aff. C-561/19, point 33 et s.

¹¹⁹ Voir *infra* 1.3.3.2.

¹²⁰ Par son arrêt du 22 mai 1990, la CJUE a indiqué que « *le respect de l'équilibre institutionnel implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres. Il exige aussi que tout manquement à cette règle, s'il vient à se produire, puisse être sanctionné* ».

¹²¹ CJUE, 15 juill. 2021, préc., point 67.

¹²² Certains auteurs soulignent le caractère restreint du contrôle juridictionnel exercé par la Cour de justice dans cette affaire, approche qui aurait permis d'évacuer l'examen de la question fondamentale sous-jacente, à savoir le respect par l'EBA du processus législatif : "On its actual review of the act, and its legal basis, the Court showed a very deferential standard, against the views of the Advocate General, and, unusually, the Commission, which agreed with the plaintiff that the EBA was acting beyond its mandate. (...) The Court sidestepped the bigger issue raised by the AG's Opinion, i.e., the threat of bypassing the legislative process.". Marco Lamandini et David Ramos Munoz, *10 years of Banking Union's case-law: How did European courts shape supervision and resolution practice in the Banking Union?*, Economic Governance and EMU Scrutiny Unit (EGOV) - Directorate-General for Internal Policies, Etude commandée par la commission ECON, Septembre 2024, voir page 30.

cohérente et efficace »¹²³ des textes contraignants qu'elles prétendent seulement interpréter, par ailleurs relatifs non pas à la gouvernance des produits mais à la gouvernance d'entreprise. Le juge européen va même jusqu'à affirmer que rien dans le règlement fondateur de l'EBA ne permet de considérer que seraient exclues du pouvoir d'adopter des orientations des mesures relatives à la conception et à la commercialisation des produits bancaires de détail, « *pour autant que ces mesures s'inscrivent dans le champ d'action de l'Autorité* »¹²⁴. En somme, aux yeux de la Cour de justice, il suffit que les orientations entretiennent un lien avec un domaine de compétence matériel de l'EBA pour assurer la validité de leur base légale et de leur contenu.

On est donc loin, en pratique, du contrôle « rigoureux » que suppose le respect du principe de l'équilibre institutionnel.

A noter qu'à la suite de l'arrêt *FBF* de la Cour de justice, le Conseil d'Etat français a également retenu une interprétation très extensive du champ d'action et des compétences de l'EBA (voir Annexe 6).

2. Les conséquences

2.1. Inflation, instabilité et complexification normatives

Le renvoi excessif aux actes délégués et de *soft law*, conjugué au rythme de plus en plus soutenu des réformes (dû notamment aux clauses de révision automatique, qui produisent à cet égard un effet démultiplicateur), nourrit le phénomène d'inflation normative et engendre une grande instabilité des normes, portant atteinte au principe de sécurité juridique qui exige notamment qu'une réglementation européenne soit claire, cohérente et accessible.

L'accélération de la cadence et l'intrication des différents niveaux de textes conduisent en outre fréquemment à des difficultés de calendrier, délicates à gérer pour les établissements et les superviseurs.

Des difficultés de calendrier

Ces difficultés se manifestent de la manière la plus flagrante lorsqu'une proposition de texte modifiant un texte de niveau 1 (tel le règlement CSDR ou le règlement EMIR) est présentée alors que certaines des obligations prévues par celui-ci viennent à peine d'entrer en application¹²⁵, voire ne le sont pas encore¹²⁶, ce qui ne permet pas d'évaluer les effets du texte.

¹²³ CJUE, 15 juill. 2021, préc., points 94 et s.

¹²⁴ CJUE, 15 juill. 2021, préc., point 84.

¹²⁵ Par exemple, la proposition de Règlement modifiant le Règlement CSDR (Règlement (UE) n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du Règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres) a été présentée par la Commission en 2022, soit un mois après l'entrée en application du régime des pénalités financières.

¹²⁶ Par exemple, l'entrée en application du régime du rachat d'office est reportée à celle des mesures de niveau 2 qui seront adoptées sur le fondement du futur Règlement modifiant le Règlement CSDR. De même, en 2019, le Règlement EMIR REFIT a procédé à un « recalibrage » de certaines obligations

Les difficultés sont également évidentes lorsque les textes de niveau 2 n'ont pas été adoptés avant la date fixée pour l'entrée en application des mesures de niveau 1. En effet, du fait de la multiplication des mandats donnés aux ESAs pour préparer des projets de RTS et d'ITS, il devient difficile pour les ESAs de respecter les délais fixés par les textes. On peut prendre pour exemple le « paquet bancaire » CRD VI et CRR 3. L'EBA a ainsi souligné dans la « roadmap » publiée en décembre 2023 ses difficultés à faire face à la demande des colégislateurs européens notamment en termes de délais¹²⁷. L'Autorité a considéré que la mise en application de ces normes devrait prendre trois ans pour les principaux mandats, ce qui conduirait à une publication à une date postérieure à l'entrée en vigueur des textes de niveau 1. La Commission relevait des difficultés similaires dans son rapport de 2022 consacré aux ESAs¹²⁸. Cette situation ne peut convenir, ni aux professionnels, ni aux consommateurs.

Or cette situation est en pratique traitée de manière variable. Il n'est ainsi pas rare que l'entrée en application de nouvelles obligations, prévues par un texte de niveau 1, soit repoussée parce que les textes de niveau 2 qui la conditionnent n'ont pas pu être adoptés dans le délai prévu¹²⁹. Cependant, la Commission a déjà pu indiquer au *Joint Committee* des ESAs que les retards pris dans la rédaction de RTS n'affectaient pas la date d'entrée en application du texte de niveau 1 correspondant¹³⁰, alors même que des doutes sur l'interprétation dudit texte étaient mis en avant par les ESAs dans différents courriers adressés à la Commission¹³¹. On conçoit aisément, dans ce contexte, les difficultés rencontrées par les assujettis, appelés à respecter les principes d'un texte dont la teneur est incertaine, même pour les autorités européennes de supervision.

Par exemple, la DSP2 a vu une prolifération de textes législatifs non contraignants découlant des mandats de l'EBA, ce qui a donné lieu à l'élaboration de nombreux actes de niveau 2 et 3 (orientations, avis) et le processus de rédaction de ces textes a été assez long et complexe. Cela a non seulement créé des problèmes pour les acteurs du marché lorsqu'il s'agissait d'appliquer les dispositions, mais a également contribué à la divergence des exigences et des calendriers d'adoption au niveau national. En effet, bien que, si l'on considère le cadre général de la DSP2, la cohérence des sujets couverts ait été maintenue tout au long des actes de niveau 1 et 2 articulés (directive, RTS), il y

prévues par le Règlement EMIR (Règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 sur les produits dérivés de gré à gré, les contreparties centrales et les référentiels centraux) pour remédier aux imperfections révélées lors du réexamen d'EMIR – réexamen qui a débuté en 2015 alors même que certaines obligations (telle l'obligation de compensation) n'étaient pas encore pleinement entrées en application.

¹²⁷ EBA Roadmap on strengthening the prudential framework, Décembre 2023, consultable ici : <https://www.eba.europa.eu/publications-and-media/press-releases/eba-publishes-roadmap-implementation-eu-banking-package#:~:text=EBA%20Roadmap%20on%20strengthening%20the%20prudential%20framework>.

¹²⁸ *Report from the Commission to the European Parliament and the Council - On the operation of the European Supervisory Authorities (ESAs)*, Brussels, 23.5.2022, COM(2022) 228 final, voir page 14.

¹²⁹ Par exemple, dans le cas du Règlement sur la taxonomie n° 2020/852, la Commission a publié une déclaration publique expliquant que le respect de certaines obligations de divulgation serait impossible tant que l'acte délégué pertinent (dans l'exemple, concernant les critères techniques de sélection) n'avait pas encore été adopté. Cela a également été le cas pour la directive MiFID 2 et le Règlement PRIIPS.

¹³⁰ Concernant les RTS pris sur le fondement du Règlement n° 2019/2088 (dit SFDR), la Commission a en effet affirmé dans un courrier adressé aux trois ESAs, en date du 20 octobre 2020, que : « en termes de substance, l'application du Règlement n'est pas subordonnée à l'adoption formelle et à l'entrée en vigueur ou à l'entrée en application des normes techniques de réglementation dès lors qu'il établit au niveau 1 les principes généraux de publication d'informations en matière de durabilité dans trois domaines distincts » (traduction libre).

¹³¹ Voir notamment le courrier rédigé par le *Joint Committee* des ESAs sur les RTS à adopter en lien avec le Règlement SFDR, daté du 07 janvier 2021, qui, après avoir évoqué les doutes interprétatifs, s'élève d'une entrée en application du Règlement SFDR au 10 mars 2021 alors que les nombreux RTS à rédiger (alors au nombre de 13) n'ont pas abouti, vu leur complexité et technicité.

a eu quelques asymétries et écarts importants par rapport aux exigences réglementaires dans leur mise en œuvre (en particulier à la suite des orientations et des questions-réponses). Plus précisément, en ce qui concerne l'exigence d'authentification forte et les normes communes et sécurisées de communication, les différents calendriers d'adoption (par exemple, les orientations de l'EBA sur l'exemption de repli ont été adoptées selon des processus et des calendriers nationaux différents) ont créé de nombreux désalignements opérationnels, techniques et fonctionnels pour les entreprises ayant une activité transfrontière, introduisant ainsi des obstacles à l'expansion des API entre les pays et augmentant les coûts pour le marché dans son ensemble.

En présence de ce type de difficulté, l'ESMA publie dans certains cas des *public statements* pour demander aux ANC de ne pas faire du respect des obligations en question une priorité de leur supervision et d'appliquer leurs pouvoirs de surveillance dans ce domaine de manière proportionnée¹³². Ces difficultés sont particulièrement illustrées par un *public statement* dans lequel l'ESMA regrette de ne pas avoir le pouvoir de suspendre l'application d'un acte obligatoire de droit de l'UE dans des circonstances exceptionnelles, alors que les difficultés de calendrier sont dues, dans ce cas, à la transmission tardive par cette Autorité du projet de RTS à la Commission¹³³.

Il est pourtant à noter que la réforme des ESAs opérée en 2019 a instauré un mécanisme de *no-action letters* précisément pour faire face à ce type de situation. Lorsque des dispositions d'un acte de niveau 1 ou 2 risquent d'être en contradiction directe avec un autre acte, lorsque l'absence de texte de niveau 2 susciterait des doutes légitimes quant à la bonne application de l'acte de niveau 1, ou que l'absence d'orientations poserait des difficultés pratiques pour l'application de l'acte de niveau 1, l'ESA compétente peut adresser à la Commission un avis non contraignant sur les mesures qu'elle juge appropriées.

La Commission peut par exemple repousser la date d'entrée en application d'un texte de niveau 2, si elle a reçu une délégation en ce sens¹³⁴. Cependant, la pratique atteste que la Commission l'a fait même en l'absence de délégation. Elle peut bien entendu également proposer un nouveau texte.

En attendant l'adoption de ces mesures, l'ESA peut émettre des avis en vue de promouvoir des pratiques cohérentes et l'application uniforme du droit de l'Union par les ANC¹³⁵.

Par ailleurs, les règlements instituant les ESAs autorisent celles-ci à développer « *de nouveaux instruments et outils de convergence pratiques afin de promouvoir des approches et pratiques de surveillance communes* » (art. 29(2)) ainsi qu'à prendre les mesures appropriées pour promouvoir une réaction coordonnée des ANC concernées à l'échelle de l'Union, notamment en cas d'évolution pouvant porter atteinte au bon fonctionnement des marchés financiers (art. 31). Ces dispositions permettent ainsi aux ESAs de demander aux ANC de ne pas faire du respect des obligations prévues par un texte de niveau 1 une priorité de leur supervision et d'appliquer leurs pouvoirs de surveillance dans ce domaine de manière proportionnée.

Ces mesures peuvent sembler insuffisantes pour procurer aux acteurs concernés la sécurité juridique nécessaire, notamment à l'égard des tiers. En réalité, il semble que ces difficultés pourraient, au moins en partie, être traitées en amont, au plan de la légistique (voir *infra*, 2^e partie).

¹³² Voir par ex. ESMA, Public statement on the derivative trading obligation in the context of the migration of credit default swap contracts out of ICE Clear Europe, 30 mars 2023 (ESMA70-156-6473).

¹³³ Voir. ESMA, Public statement, Implementation of the clearing and derivative trading obligations with regard to the benchmark transition, 16 déc. 2021 (ESMA-70-156-5151).

¹³⁴ Tel est par exemple le cas du RTS pris en application du Règlement SFDR, adopté le 6 avril 2022 alors que la date initialement prévue pour leur application avait initialement été fixée au 1^{er} janvier de cette même année.

¹³⁵ Art. 9 *quater* du Règlement instituant l'EBA ; art. 9 *bis* des Règlements instituant l'ESMA et l'EIOPA.

En outre, la complexification du cadre normatif qui résulte des renvois de plus en plus nombreux à des actes de niveau 2 et 3 multiplie les cas de **contradiction entre les normes**, facteur d'insécurité juridique qui nuit à la cohérence et à la convergence recherchées.

Des contradictions entre les normes, à différents niveaux

Contradiction entre texte de niveau 1 et texte de niveau 3. En pratique, les établissements doivent se conformer à deux corps de règles parfois contradictoires, à peine de sanction : le respect des normes de niveau 1, d'une part, et celui des publications de *soft law* qui, parfois, les contredisent, d'autre part. Ces conflits, que le principe de la hiérarchie des normes devrait permettre de régler facilement, ne se résolvent en pratique pas simplement. Ainsi, les orientations de l'EBA et de l'ESMA en matière d'évaluation de l'aptitude des membres de l'organe de direction et des titulaires de postes clés (*fit and proper*)¹³⁶ introduisent un critère d'indépendance formelle qui ne figure pas dans la Directive CRD. Le projet de guide BCE sur la gouvernance interne, soumis à consultation à l'automne 2024, fait de même.

En ce qui concerne la DSP2, des décalages ont pu être constatés avec le règlement eIDAS¹³⁷ et les orientations de l'EBA sur l'accueil des clients à distance¹³⁸, ainsi qu'avec la nouvelle législation LCB-FT¹³⁹ et les orientations de l'EBA sur les facteurs de risque¹⁴⁰. En effet, il existe plusieurs points de divergence, concernant notamment des définitions (par exemple, la définition de « groupe » de la PSD2 n'est pas identique à celle qui vaut en matière de LCB-FT), les exigences de sécurité (par exemple, la définition et l'utilisation des données biométriques comportementales dans le guide général sur l'accueil à distance des clients) et les processus d'accueil (par exemple, les contrôles d'authentification dans le guide général sur l'accueil à distance des clients) qui pourraient entraîner, une fois de plus, des difficultés opérationnelles et des incohérences entre les solutions.

On peut également citer en exemple l'*Addendum* de la BCE à ses Lignes directrices pour les banques en ce qui concerne les prêts non performants. Rédigé en réaction au plan d'action du Conseil sur les prêts non performants alors même que des travaux législatifs étaient en cours sur le sujet, l'*Addendum* a été critiqué par les services juridiques du Conseil et du Parlement européen car il posait des attentes quantitatives

¹³⁶ EBA/ESMA Guidelines on the Assessment of the Suitability of the Members of Management Body and Key Function Holders, EBA/GL/2021/06; ESMA35-36-2319, 2 juillet 2021.

¹³⁷ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE.

¹³⁸ EBA, Orientations sur l'utilisation de solutions d'entrée en relation d'affaires à distance conformément à l'article 13, paragraphe 1, de la directive (UE) 2015/849, EBA/GL/2022/15, 21 nov. 2022.

¹³⁹ En sus du Règlement instituant l'AMLA, d'autres textes ont été adoptés : Règlement relatif à la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ; Directive relative aux mécanismes à mettre en place par les États membres pour prévenir l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant la directive (UE) 2019/1937, et modifiant et abrogeant la directive (UE) 2015/849 ; Directive concernant l'accès aux registres centralisés des comptes bancaires, 21 mai 2024 ; Règlement sur les informations accompagnant les transferts de fonds et de certains crypto-actifs.

¹⁴⁰ EBA, Orientations au titre des articles 17 et 18, paragraphe 4, de la directive (UE) 2015/849, sur les mesures de vigilance à l'égard de la clientèle et sur les facteurs que les établissements de crédit et les établissements financiers devraient prendre en considération lorsqu'ils évaluent les risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme associés aux relations d'affaires individuelles et aux transactions conclues à titre occasionnel («Les orientations sur les facteurs de risque de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme»), abrogeant et remplaçant les orientations JC/2017/37, EBA/GL/2021/02, 1^{er} mars 2021.

de supervision allant au-delà des pouvoirs confiés à la BCE par le TFUE et le Règlement MSU¹⁴¹.

Contradiction entre actes de niveau 3, en particulier orientations et dispositions de droit national. La difficulté surgit aussi pour les professionnels et acteurs du marché lorsque les autorités compétentes décident de se conformer à des orientations en dépit de contradictions avec des dispositions de droit national. La situation est particulièrement délicate pour les établissements importants relevant de la supervision directe de la BCE, lorsque celle-ci prend une déclaration de conformité totale alors que l'autorité nationale a pris une déclaration de conformité partielle du fait de la contradiction entre certaines orientations et des dispositions de droit national (voir, en France, le cas des orientations sur l'octroi et de suivi des prêts : voir *supra*, 1.3.2.).

En définitive, les actes délégués et la *soft law* contraignent *de facto* les établissements, en fonction de la position des superviseurs, de manière plus ou moins appuyée, avec des conséquences importantes sur leur gouvernance, leur fonctionnement, leurs coûts, leurs politiques de risques, parfois sans réelle base légale.

Manque d'accessibilité des textes

La production de normes par les ESAs pose en outre des difficultés d'accessibilité. Ces autorités sont tenues, en vertu de l'article 8(1) des règlements, de « *k bis) publier sur (leur) site internet et mettre à jour régulièrement l'ensemble des normes techniques de réglementation, des normes techniques d'exécution, des orientations, des recommandations et des questions et réponses pour chaque acte législatif visé à l'article 1er, paragraphe 2, y compris des vues d'ensemble qui concernent l'état d'avancement des travaux en cours et le calendrier prévu pour l'adoption des projets de normes techniques de réglementation et des projets de normes techniques d'exécution.* »

Cependant, la consultation des sites internet des ESAs montre que cette mission est loin d'être achevée. D'une part, il n'existe pas de modèle de site commun aux trois ESAs, qui permettrait de se repérer de manière uniforme. Seules l'ESMA et l'EBA, à l'exclusion de l'EIOPA¹⁴², proposent un accès à un *Single Interactive Rulebook*, permettant une voie d'accès unique aux textes de niveau 2 et 3. D'autre part, les critères d'accès aux documents sur le site, très disparates, rendent sa lisibilité extrêmement difficile : si l'outil de recherche du site internet de l'EIOPA intègre certainement

¹⁴¹ Notes des services juridiques du Conseil de l'UE du 23 novembre 2017 (spéc. points 18 à 21) et du Parlement européen du 8 novembre 2017. Sur ce point, voir l'annexe 3. Le service juridique du Conseil conclut en effet que « *Le Règlement MSU empêche la BCE d'adopter des instruments de droit souple, tels que projet d'addendum aux orientations de la BCE à l'intention des banques sur les prêts non performants, destiné à garantir le respect par les banques de critères de provisionnement minimal qui ne sont pas, ou pas encore, objet d'une harmonisation par le législateur de l'UE et pour lequel les banques ont une marge discrétionnaire en vertu de la législation actuelle.* ». Le service juridique du Parlement conclut pour sa part que les pouvoirs de supervision de la BCE : « *ne sauraient constituer une base légale pour l'adoption de mesures telles que celles incluses dans l'Addendum, (...) qui introduit des exigences minimales de provisionnements prudentiels ayant des effets juridiques et sont conçus pour s'appliquer à toutes les banques (importantes) directement supervisées par la BCE, quelle que soit leur situation spécifique individuelle. Ni la CRD IV ni le Règlement MSU ne confient à la BCE de pouvoirs de régulation à cette fin. Pas davantage un tel pouvoir n'est-il prévu par les Traités ou tout autre acte de droit dérivé.* ». Traduction des auteurs.

¹⁴² Le site de l'EIOPA se réfère à deux *Single Rulebooks* IDD.

(https://www.eiopa.europa.eu/rulebook/idd-insurance-distribution-directive_en) et Solvency II (https://www.eiopa.europa.eu/rulebook/solvency-ii-single-rulebook_en). De nombreux textes ne sont donc pas répertoriés, ainsi ceux relatifs à PEPP ou PRIIPS. Aucun renvoi n'est en outre opéré aux *Singles Rulebooks* via l'onglet Legal Framework, qui se réfère aux directives IDD et Solvency II (sans faire de renvoi pour cette dernière aux textes de niveau 2 et 3).

l'ensemble des normes techniques, orientations, recommandations et Q&As afférents aux actes législatifs applicables, il faut néanmoins procéder à une recherche par mots-clés, date de publication et/ou type de documents.

Des recherches extensives sur le site des trois ESAs révèlent en outre que les bibliothèques documentaires sont incomplètes d'un site à l'autre. L'outil de recherche du site internet de l'EBA ne permet pas d'accéder à des documents dont on connaît pourtant l'existence. L'ESMA publiait jusque récemment sur son site internet un tableau des normes techniques adoptées et en cours d'élaboration, permettant utilement d'avoir une vision d'ensemble, mais il semble que ce tableau ne soit plus accessible. De même, on trouve sur le site de l'ESMA des lettres échangées entre le *Joint Committee* des ESAs et la Commission sur les RTS relatifs à SFDR, ou des lettres adressées par la Commission au Président de la commission ECON du Parlement européen, qui ne sont pas disponibles sur le site de l'EIOPA. Une meilleure accessibilité des sources documentaires serait pourtant utile à l'industrie pour comprendre l'environnement réglementaire et naviguer dans le calendrier parfois complexe d'adoption des RTS¹⁴³, en particulier sur des sujets sensibles qui suscitent des retards d'adoption. Cet exemple révèle la nécessité de créer une taxonomie des échanges entre les ESAs et les institutions et d'y associer une méthode de classement documentaire qui permette aux établissements, et même aux chercheurs, d'accéder plus aisément aux informations dont ils ont besoin.

Il arrive également à la Commission d'adopter des RTS différents du projet qui lui avait été soumis par l'ESA compétente¹⁴⁴, sans que les courriers échangés entre elle-même et l'Autorité ne soient toujours accessibles¹⁴⁵. Ces manques ne permettent pas aux établissements de pleinement comprendre le sens à donner à la réglementation. Il serait souhaitable de rendre accessible l'ensemble des échanges entre la Commission et les Autorités, et plus généralement que les méthodes de travail conjointes entre institutions et ESAs soient clarifiées.

Au final, les avantages liés à l'adoption des instruments de niveau 2 et 3 sont désormais largement contrebalancés par le fait qu'ils complexifient la lisibilité, la compréhension et l'application des règles posées par les textes de niveau 1 et sont facteurs de risque juridique et de coûts, parfois sans base légale.

2.2. Fragilisation de l'équilibre institutionnel, du principe démocratique et de la compétitivité de l'Union européenne

L'adoption d'un volume croissant d'actes de niveau 2 et 3, qui ajoutent aux textes de niveau 1, voire les contredisent, parfois en préemptant des discussions en cours au niveau législatif, aboutit à un déplacement du pouvoir législatif du Parlement européen et du Conseil vers la Commission européenne et, en définitive, vers les ESAs. La question des RTS, de ce point de vue, est problématique, car ils couvrent trop souvent

¹⁴³ Voir notamment : EBA roadmap on the implementation of the EU Banking Package, décembre 2023, consultable ici :

https://ebprstaewspublic01.blob.core.windows.net/public/tools-prod/assets/roadmap/roadmap_progress_list.html.

¹⁴⁴ On pense en particulier au Règlement délégué (UE) 2023/2779 de la Commission du 6 septembre 2023 complétant le Règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne des normes techniques de réglementation précisant les critères d'identification des entités du système bancaire parallèle visées à l'article 394, paragraphe 2, dudit Règlement, dont le préambule a été intégralement réécrit par rapport au projet de RTS soumis par l'ABE.

¹⁴⁵ L'EBA publie sur son site internet sa correspondance avec la Commission, concernant notamment les amendements que cette dernière propose sur des RTS en cours d'élaboration : <https://www.eba.europa.eu/about-us/organisation-and-governance/accountability/correspondence>

des questions qui loin d'être techniques, expriment des choix politiques incombant aux colégislateurs, avec un impact conséquent pour les assujettis. Les conditions pour contrôler l'adoption de ces normes - qui rendent le contrôle hypothétique - renforcent également les interrogations sur le déséquilibre institutionnel (voir *infra*, 2^e partie).

Au surplus, le traitement dans des actes de niveau 3 de questions qui devraient être réglées dans des actes de niveau 2, voire de niveau 1, entraîne paradoxalement une disparité dans l'application du droit de l'Union européenne du fait du mécanisme de *comply or explain*. Sous l'angle concurrentiel, cela est cause d'inégalités entre les établissements, assujettis à des dynamiques de supervision variables d'un Etat membre à un autre voire selon établissements (absence de « *level playing field* »).

L'adoption de textes sans réel débat démocratique et dans de nombreux cas sans consultation publique préalable, étude d'impact approfondie, analyse coût/bénéfice, va également à l'encontre des principes de subsidiarité et de proportionnalité, ainsi que des principes de « *Better regulation* ».

Le principe de subsidiarité s'applique aux propositions législatives de la Commission dans les domaines de compétences partagées entre l'Union et les États membres. L'Union, dans ces domaines, ne peut agir que lorsque son action est nécessaire et apporte des avantages manifestement supérieurs aux mesures prises au niveau national, régional ou local (art. 5 TUE). Le respect du principe est garanti grâce au mécanisme de contrôle de la subsidiarité, mis en place par le Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité : lorsque les parlements nationaux estiment qu'un projet d'acte législatif n'est pas conforme au principe de subsidiarité, ils peuvent adresser un avis motivé à la Commission dans un délai de huit semaines. La Commission doit tenir compte des avis motivés qu'elle reçoit.

Or, rien de comparable n'existe concernant l'adoption des actes de niveau 2 et 3. Certains ont pu estimer que le contrôle du respect de la subsidiarité est compris dans l'analyse du texte de niveau 1 donnant mandat aux ESAs pour rédiger des normes techniques et des orientations¹⁴⁶, et le considérant 66 du préambule commun aux trois règlements instituant les ESAs affirme que ces autorités peuvent « *prendre des mesures conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité sur l'Union européenne* ». Il est néanmoins difficile de se satisfaire d'un examen abstrait et d'une pétition de principe ne tenant aucunement compte de la réalité de la production (quasi) normative qui est en jeu.

Le principe de proportionnalité, dont la valeur constitutionnelle est consacrée à l'article 5 TUE et qui s'impose à toutes les institutions et organismes de l'Union dans l'exercice de leurs compétences, est également en question. Suivant ce principe, les incidences financières et administratives des différents textes doivent être proportionnées aux objectifs à atteindre. En outre, « (...) *toute charge, financière ou administrative*

¹⁴⁶ CEP Study, *European Supervisory Authorities, Room for improvement at Level 2 and Level 3*, Study on Behalf of the fpmi Munich Financial Centre Initiative, 4 oct. 2016, consultable ici: <https://www.cep.eu/eu-topics/details/the-european-supervisory-authorities-room-for-improvement-at-level-2-and-level-3.html>.

incombant (...) aux opérateurs économiques et aux citoyens doit être la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre »¹⁴⁷.

Or, la prolifération de ces actes conduit les établissements à adapter continuellement leurs dispositifs internes, ce qui est, en droit, source d'insécurité juridique et, en pratique, source de coûts élevés.

De plus, les enjeux sont considérables, puisque le non-respect de ce cadre normatif expose à un alourdissement des exigences prudentielles, voire à un risque de sanction. Une sanction peut ainsi être prononcée par une autorité de supervision pour non-respect d'un texte obligatoire tel qu'interprété par un texte de *soft law*. Les autorités de surveillance prudentielle peuvent également imposer des exigences de fonds propres supplémentaires lorsqu'elles estiment, sur la base de l'examen de la situation individuelle de l'établissement, que certains risques sont insuffisamment couverts¹⁴⁸. Or, alors même que l'approche par les risques est de plus en plus mise en avant (notamment en matière de LCB-FT, mais également en matière de gouvernance interne ou de normes environnementales), la *soft law* européenne, y compris celle adoptée par la BCE elle-même, conduit à faire primer des exigences générales et abstraites sur l'analyse des particularités des établissements supervisés.

Qui plus est, le déplacement du pouvoir normatif des colégislateurs de l'UE à la Commission européenne et *in fine* aux ESAs, n'apparaît pas compensé par une transparence accrue, un réel processus de consultation des parties prenantes, ou par un contrôle efficace, par les colégislateurs de l'UE et / ou par le juge, des normes produites par ces autorités¹⁴⁹.

Comme cela a été souligné dans un rapport d'information sur la place des actes délégués dans la législation européenne¹⁵⁰, cette situation prive les professionnels et les consommateurs d'un contrôle et d'un arbitrage politique en amont par le Parlement européen et le Conseil.

En pratique, la surenchère normative liée à la prolifération des instruments de niveau 2 et 3 européens engendre également pour l'industrie bancaire et financière européenne des coûts et par conséquent une perte de compétitivité des établissements européens et *in fine* de l'Union européenne. Les professionnels établis dans l'Union européenne s'avèrent ainsi défavorisés par rapport aux acteurs de pays tiers.

¹⁴⁷ Art.5, Protocole 2, TFUE.

¹⁴⁸ Art. 16 (2), sous a), Règlement MSU.

¹⁴⁹ A noter que dans un récent rapport, l'EBA rappelle que le respect de ces principes s'impose à elle dans l'exercice de ses missions : Zoi Jenny Giotaki, Pauline de la Bouillèrie and Rafael Nebot Segui, « The characteristics and the legal nature of the supervisory and resolution handbook of the EBA », EBA Staff paper Series, n°15 – 07/2023.

¹⁵⁰ S. Sutour, Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes sur la place des actes délégués dans la législation européenne, Sénat, Session ordinaire 2013-2014, janv. 2014, n° 322 ; J.-F. Rapin, D. Marie et C. Morin-Desailly, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes sur la dérive normative de l'Union européenne* Sénat, Session ordinaire 2024-2025, déc. 2024, n° 190.

II-DES SOLUTIONS A PORTÉE DE MAIN, DANS L'ESPRIT DU RAPPORT LAROSIÈRE

S'il ne paraît pas concevable de revenir au processus Lamfalussy, dès lors que les anciens comités des régulateurs qui intervenaient dans le cadre de la procédure de comitologie ont été remplacés par les ESAs, lesquelles réalisent un travail considérable exigeant des compétences d'une haute technicité, il conviendrait de revaloriser l'idée qui sous-tendait cette procédure : une stricte répartition des pouvoirs entre les différentes institutions et autorités intervenant dans la fabrication de la législation européenne des services financiers, pour limiter l'inflation normative et les obligations détaillées sans fondement juridique, parfois contradictoires, les charges bureaucratiques et le *reporting* excessifs, freins à la compétitivité européenne¹⁵¹.

Revenir à l'esprit du processus Lamfalussy et des recommandations du rapport Larosière (voir Annexe 2) et mieux prendre en compte les principes rappelés dans la démarche de *Better regulation* : ces fils directeurs conduisent à proposer de mieux distinguer réglementation contraignante d'une part, attentes de supervision et bonnes pratiques des établissements d'autre part.

Il s'agit de mieux légiférer, mais aussi de simplifier le cadre existant et de permettre davantage de contrôles.

1. Évaluer, simplifier et améliorer le processus normatif

Le présent rapport, fruit de travaux débutés il y a plus de deux ans, rejoint à cet égard, dans un *momentum* propice aux changements, les conclusions des rapports Letta et Draghi, les objectifs de la nouvelle Commission mais aussi des réflexions d'Etats membres, de députés européens, de banques centrales et de superviseurs qui soulignent les besoins d'évaluation globale, de simplification du cadre normatif existant et de son amélioration pour l'avenir.

1.1. Évaluer et simplifier le cadre normatif existant

Après la crise de 2007-2009, la réglementation du secteur financier a été considérablement renforcée. Nous sommes désormais arrivés à la fin d'un cycle, avec la mise en œuvre du paquet final de Bâle III. Il apparaît nécessaire maintenant de prendre du recul et de vérifier que la complexité de la réglementation existante, notamment prudentielle, ne constitue pas un frein aux objectifs poursuivis¹⁵².

¹⁵¹ Les débats récents sur les coûts du *reporting*, quant à leur caractère disproportionné notamment, illustrent bien les problématiques liées à la charge réglementaire. Le 8 novembre 2024 le Conseil européen dans une déclaration prononcée à Budapest indiquait ainsi que : « Parmi les principaux objectifs que la Commission doit mettre en œuvre sans tarder figurent la formulation de propositions concrètes pour réduire d'au moins 25 % les obligations de déclaration au premier semestre de 2025, ainsi que l'intégration, dans ses propositions, d'analyses d'impact relatives aux lourdeurs administratives et à la compétitivité ». Lors d'une conférence de presse organisée le même jour, la présidente de la Commission, Ursula Von der Leyen, a confirmé cette tendance en évoquant la possible adoption d'un règlement Omnibus ayant vocation à rationaliser les obligations de déclaration issues de trois textes en vigueur (CSRD, le règlement taxonomie et la CS3D).

¹⁵² Voir le discours de François Villeroy de Galhau, Gouverneur de la Banque de France et Président de l'ACPR, conférence de l'ACPR du 26 novembre 2024 : « Pour une simplification réaliste : dénouer

Comme le souligne une lettre adressée au Commissaire Maria Luis Albuquerque le 17 janvier 2025 par les gouverneurs de la Banco de Espana, de la Banca d'Italia et de la Banque de France et par le Président de la Deutsche Bundesbank :

« Il est nécessaire de prendre du recul et de s'assurer que la complexité des niveaux cumulé de réglementations en Europe ne constitue pas un obstacle à la réalisation de nos objectifs. La stabilité financière nécessite un cadre clair, prévisible et proportionné, et des actions résolues et raisonnées visant à rationaliser les réglementations contribueraient à la mise en œuvre efficace de ces règles.

À cet égard, nous pensons que la priorité devrait maintenant être de développer une vision « holistique » des règles qui s'appliquent aux banques européennes. A cette fin, une analyse complète des implications de toutes les normes produites en Europe devrait être effectuée, y compris les normes de niveau 2 et 3, afin de s'assurer qu'elles n'ajoutent pas cumulativement des couches involontaires de règles et d'attentes en plus de ce qui est prévu dans l'accord politique en ce qui concerne le texte de niveau 1. Cette évaluation approfondie, qui doit inclure les cadres microprudentiels, macroprudentiels et de résolution, pourrait également évaluer la prolifération de projets réglementaires supplémentaires qui pourraient empêcher la stabilisation, la prévisibilité et, par conséquent, la simplification du cadre réglementaire global de l'UE. En identifiant les domaines dans lesquels le cadre européen est indûment complexe et peut créer des distorsions de concurrence au niveau international, sans avantages significatifs pour la stabilité financière, cette analyse pourrait également contribuer à garantir des conditions de concurrence équitables avec d'autres juridictions majeures ».

Un exemple de la nécessité de simplifier est la réglementation relative au changement climatique, complexe et difficilement compréhensible, avec des définitions différentes selon les textes et des demandes de données dupliquées notamment. Simplifier permettrait une meilleure compréhension donc une meilleure application des règles et même une meilleure supervision¹⁵³.

La Commission européenne a fait de l'allègement réglementaire un des axes de son nouveau mandat, en particulier réduire les obligations de *reporting* d'au moins 25%¹⁵⁴. Il apparaît en effet essentiel de réduire les charges administratives et de supprimer la bureaucratie excessive¹⁵⁵. Elle s'engage à évaluer les acquis, proposer l'élimination

quelques nœuds de la réglementation bancaire en Europe », consultable ici : <https://www.banque-france.fr/fr/interventions-gouverneur/pour-une-simplification-realiste-denouer-quelques-noeuds-de-la-reglementation-bancaire-en-europe>.

¹⁵³ Voir les propos de Louise Caroline Mogensen, Directrice générale de l'autorité danoise Finanstilsynet, « *From single to simpler: making EU financial services rulebook smarter & stronger* », EUROFI Magazine, Budapest 2024, p. 52, consultable ici : [views-the-eurofi-magazine_budapest_sept-2024.pdf](#).

¹⁵⁴ Voir sur le sujet : Ursula Von Der Leyen, Mission Letter to Vladis Dombrovskis, Commissioner-designate for Economy and Productivity and Commissioner-designate for Implementation and Simplification, 17 September 2024, Brussels, available here : https://commission.europa.eu/document/download/71c3190f-0886-4202-846e-5750f188f116_en?filename=Mission%20letter%20-%20DOMBROVSKIS.pdf.

¹⁵⁵ Voir : Harald Waiglein, Director General for Economic Policy and Financial Markets – Federal Ministry of Finance Austria, "Innovation is the key to competitiveness", EUROFI Magazine, Budapest 2024, p. 52, consultable ici : [views-the-eurofi-magazine_budapest_sept-2024.pdf](#). Voir également la

des chevauchements et contradictions entre les textes et s'assurer que les principes de proportionnalité, de subsidiarité et de *Better regulation* sont respectés, avec des études d'impact et de larges consultations. Elle annonce un accord interinstitutionnel révisé sur la simplification et une meilleure élaboration de la législation. Des textes Omnibus pourraient également être proposés.

L'EBA elle-même reconnaît la nécessité de simplifier sa production, énonçant, à propos de la modification des orientations sur les arriérés et la forclusion : « *L'EBA a évalué l'impact de cette modification et a conclu que, pour respecter le principe selon lequel les orientations de l'EBA ne doivent pas répéter, modifier ou contredire les exigences énoncées dans la législation de niveau 1, lesdites orientations doivent être modifiées. En conséquence, par le biais des orientations modificatives disponibles, l'orientation 4 sur la procédure de résolution a été supprimée des orientations de l'EBA sur les arriérés et la forclusion* »¹⁵⁶.

Pour autant, il est crucial que la rationalisation et la simplification des textes n'impliquent pas à leur tour de nouvelles adaptations (informatiques, en particulier) injustifiées pour les établissements financiers, qui seraient source de surcoûts et iraient à l'encontre de l'objectif poursuivi. Des consultations sont donc nécessaires. Les accords politiques ne devraient pas être remis en cause.

1.2. Limiter les propositions et les clauses de réexamen

Les réflexions entreprises par les institutions dans le cadre de « *Better law-making* » font ressortir la nécessité de réduire les propositions d'actes législatifs et réglementaires. Comme le soulignent des Etats membres¹⁵⁷ et des superviseurs¹⁵⁸, une pause serait nécessaire pour évaluer les impacts des directives et actes de niveau 2 voire 3.

Dans cet esprit, il faudrait limiter la production des textes de niveau 1, en veillant davantage au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, et en faisant un usage raisonné des clauses de réexamen ou de « rendez-vous », ou « *core review* »

lettre envoyée par les représentants du Ministero dell'Economia e delle Finanze italien - Dipartimento del Tesoro Direzione V Ufficio II, du Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique | Direction générale du Trésor français, et du Bundesministerium der Finanzen allemand, adressée à John Berrigan, Directeur Général de la Direction générale de la stabilité financière, des services financiers et de l'union des marchés des capitaux, le 24 septembre 2024.

¹⁵⁶ EBA, Final Report on Guidelines amending Guidelines EBA/GL/2015/12 on arrears and foreclosure, EBA/GL/2024/10, 28 juin 2024.

¹⁵⁷ Cf. la lettre envoyée par les représentants du Ministero dell'Economia e delle Finanze italien - Dipartimento del Tesoro Direzione V Ufficio II, du Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique | Direction générale du Trésor français, et du Bundesministerium der Finanzen allemand, adressée à John Berrigan, Directeur Général de la Direction générale de la stabilité financière, des services financiers et de l'union des marchés des capitaux, le 24 septembre 2024.

¹⁵⁸ Voir les propos de Louise Caroline Mogensen, Directrice générale de l'autorité danoise Finanstilsynet, « *From single to simpler: making EU financial services rulebook smarter & stronger* », EUROFI Magazine, Budapest 2024, p. 52, consultable ici : [views-the-eurofi-magazine_budapest_sept-2024.pdf](#).

clauses »¹⁵⁹ (voir Glossaire), qui appellent la Commission à négocier ou redéfinir tout ou partie des termes d'une directive ou d'un règlement. Ces clauses constituent non seulement une source d'instabilité, le cadre de niveau 1 étant continuellement remis en cause, mais aussi la source première de l'inflation des textes de niveau 2 et 3.

Lorsqu'une telle clause est indispensable – pour permettre un accord politique ou parce que le texte n'a pas fait l'objet d'une étude d'impact préalable, en particulier – la révision ne devrait intervenir qu'à l'issue d'une période de quatre ans minimum après l'entrée en application des textes, pour permettre de collecter les données nécessaires à une évaluation *ex post* du texte et de sa mise en œuvre, afin d'apprécier la nécessité et l'opportunité d'une modification (voir notamment les recommandations de la *Better regulation Toolbox* de la Commission européenne). Or, les périodes de révision proposées sont souvent de deux ans¹⁶⁰.

En dehors de ces cas, les textes de niveau 1, plutôt que d'être par principe révisés périodiquement, ne devraient l'être qu'en cas de nécessité, justifiée en particulier sur la base d'études d'impact, en cas de changements significatifs sur le marché ou de changements affectant la compétitivité des entités assujetties. Inversement, s'il est considéré qu'un texte de niveau 1 remplit globalement l'objectif pour lequel il a été adopté, les mises à jour effectuées dans un souci de modernité devraient être évitées.

Toute proposition législative visant à réviser un acte existant devrait être précédée d'un examen préalable du cadre déjà en vigueur sur le sujet considéré, du niveau 1 au niveau 3 le cas échéant. Cet exercice permettrait d'identifier les écarts entre l'existant et le texte projeté. Le processus législatif pourrait se conclure par un appel à réviser – ou supprimer – les textes de niveau 2 pertinents, ainsi que par une invitation à toute agence et/ou institution ayant publié des attentes de supervision sur le sujet concerné à en vérifier la cohérence. Dans cette perspective, la Commission et les agences pourraient développer des méthodes de travail assurant une vision holistique de la réglementation.

1.3. Limiter le nombre et préciser davantage le contenu des délégations

Concernant la croissance toujours plus importante des mandats accordés à la Commission en vue de l'adoption de textes de niveau 2, une réflexion sur la limitation automatique du nombre de délégations pourrait être engagée. Des réflexions pourraient être engagées en vue de plafonner le nombre de délégations et de mandats prévu par un texte de niveau 1, par exemple sous la forme d'un ratio fonction du nombre d'articles du texte de niveau 1.

¹⁵⁹ Ces clauses se distinguent de celles qui prévoient simplement la remise d'un rapport sur l'application d'un texte, et qui ne sont pas de véritables « clauses de réexamen ».

¹⁶⁰ Pour 40 actes sur 150 dans la deuxième moitié du 9^e terme, c'est-à-dire de janvier 2022 à septembre 2024 : cf. Study, European Parliamentary Research Service, Review clauses in EU legislation adopted during the second half of the ninth parliamentary term (January 2022-September 2024) - A Rolling Check-List, 20 déc. 2024.

Par ailleurs, un réexamen de l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité¹⁶¹ devrait également être réalisé car, bien que la législation de niveau 1 soit en principe adoptée à la lumière de ces principes, leur application demeure théorique au niveau de l'adoption des actes délégués et d'exécution pour lesquels un contrôle dédié n'est pas prévu par les traités européens (voir *supra*, 1^e partie, 2.2.). A ce niveau également, il devrait être justifié du respect de ces principes.

En outre, le législateur européen devrait davantage préciser le contenu, la portée et le sens des délégations et les limites du pouvoir octroyé à la Commission (et au Conseil, le cas échéant), afin que l'usage qui en est fait puisse être mieux contrôlé (voir *infra*, 2.). Une plus grande clarté et une plus grande précision dans la rédaction des mandats permettraient une meilleure compréhension des objectifs poursuivis par le législateur et préviendraient davantage les interprétations allant au-delà du texte.

Le Conseil a d'ailleurs par le passé lancé des travaux sur le sujet, préoccupé par le nombre croissant d'actes délégués et leurs modalités d'adoption. Ainsi, le Comité des Services Financiers ("CSF")¹⁶² a, en 2014, lancé des travaux relatifs au processus d'adoption des textes de niveau 2, publiés en 2015 sous la forme d'un rapport¹⁶³ dont certaines conclusions sont ici partagées ; ainsi le CSF a invité :

- La Commission, le Conseil et le Parlement européen à veiller à ce que toutes les questions politiques soient traitées dans la mesure du possible dans le texte de niveau 1 ;
- Alternativement, à fournir à la Commission des orientations suffisantes dans le mandat pour le niveau 2 ;
- A insérer dans l'acte de base des délais appropriés pour l'adoption des textes de niveau 2, afin de permettre une implication adéquate des États membres ;
- A s'assurer que les habilitations pour les actes de niveau 2 tiennent dûment compte des spécificités des services financiers en cause, de leurs caractéristiques, et qu'elles prévoient des délais d'adoption raisonnables

¹⁶¹ Pour mémoire les paragraphes 3 et 4 de l'article 5 du TUE disposent que : « 3. *En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole.* 4. *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* ».

¹⁶² Institué par la décision 2003/165/CE du Conseil le 18 février 2003, il travaille en étroite coopération avec le Comité économique et financier (CEF), en particulier pour préparer les sessions du Conseil "Affaires économiques et financières" (ECOFIN). Il a pour mission : (i) de mener une réflexion stratégique transsectorielle, (ii) de contribuer à définir la stratégie à moyen et à long terme pour les questions ayant trait aux services financiers, (iii) d'examiner les questions sensibles à court terme, (iv) d'évaluer les progrès réalisés et la mise en œuvre, (v) de fournir des avis politiques et d'assurer le suivi tant des questions intérieures (par exemple marché unique) que des questions extérieures (par exemple OMC).

¹⁶³ FSC Report on Level 2 Processes, 23 juin 2015, 1759/15, disponible ici : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-1759-2015-INIT/en/pdf>.

autorisant une participation adéquate des experts des États membres à la préparation des actes délégués ;

- la Commission à consulter les ESAs sur les habilitations qui leur sont accordées pour rédiger des normes techniques, afin d'assurer la cohérence de leur mandat et la faisabilité du calendrier envisagé.

Par ailleurs, concernant l'adoption des textes de niveau 3 tels que les guidelines des ESAs, une révision des règlements instituant les Autorités pourrait être envisagée pour qu'il soit précisé, dans l'article 16, que celles-ci ne peuvent adopter des orientations que sur mandat du législateur dans un texte de niveau 1. Cette proposition s'inscrit dans le prolongement du considérant 23 commun aux trois règlements instituant les ESAs. Celui-ci recommande un encadrement de leur droit d'initiative : des orientations ne devraient en principe pas être adoptées sur des points qui ont fait l'objet de RTS et d'ITS. Dans cet esprit, la proposition aurait pour effet de supprimer l'initiative des ESAs en matière d'orientations, aujourd'hui adoptées sans qu'un contrôle de subsidiarité soit exercé par les Parlements nationaux, alors même que leurs effets au niveau des États membres ne sont pas négligeables, comme l'a souligné la jurisprudence pertinente en la matière¹⁶⁴.

Les ESAs continueraient à préciser les textes de niveau 1, sur mandat, pour favoriser une pleine harmonisation. Les orientations devraient être adoptées au moins 2 ans avant l'application des textes de niveau 1.

Alternativement et si les ESAs le jugent pertinent, elles pourraient recourir à des avis adoptés sur le fondement de l'article 29 des règlements instituant les ESAs¹⁶⁵, qui leur permettraient de développer une culture commune de la supervision. La liberté dont les ESAs jouissent actuellement pour adopter des orientations serait ainsi encadrée, sans que leurs missions premières n'en soient affectées.

Enfin, les orientations rédigées sur mandat devraient être plus concises.

1.4. Améliorer le processus de production des normes

1.4.1. Améliorer le contenu des études d'impact

Concernant les études d'impact accompagnant les propositions législatives de la Commission, des réflexions pourraient être engagées afin d'en assurer une meilleure qualité, représentativité et objectivité. A cette fin, il faudrait une meilleure prise en compte (i) de l'ensemble du marché affecté par l'acte à intervenir¹⁶⁶, (ii) des

¹⁶⁴ CJUE, 15 juillet 2021, *Fédération bancaire française (FBF) contre Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*, Aff. C-911/19, point 70.

¹⁶⁵ L'article 29 commun aux trois règlements fondateurs des ESAs, intitulé « Culture commune en matière de surveillance » dispose en effet que : « 1. L'Autorité contribue activement à créer une culture commune de l'Union et des pratiques cohérentes en matière de surveillance et à garantir l'uniformité des procédures et la cohérence des approches dans l'ensemble de l'Union. L'Autorité assure au minimum les activités suivantes: a) fournir des avis aux autorités compétentes; »

¹⁶⁶ L'étude d'impact de la Commission relative à la stratégie de l'UE en matière d'investissements de détail a de ce point de vue fait l'objet de nombreuses critiques. Voir COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT IMPACT ASSESSMENT REPORT Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives (EU) 2009/65/EC, 2009/138/EC,

contributions des parties prenantes, ainsi que (iii) des problématiques de compétitivité, en écho aux propositions du Rapport Letta¹⁶⁷.

Cette évaluation de l'impact de la régulation devrait être menée aussi bien *ex-ante*, dans le cas d'adoption d'actes législatifs portant sur des sujets faisant nouvellement l'objet d'une harmonisation ou révisés, que *ex-post*, à supposer que ces évaluations :

- ne soient menées qu'en cas de changements significatifs sur le marché et/ou de difficultés en termes de compétitivité (voir *supra*, point 1.2.), ou
- en lien avec des rapports que la Commission aurait adoptés sur mandat d'un texte de niveau 1 relativement à des problématiques ciblées appelant une phase de test.

Cela signifie que la définition du problème, les objectifs politiques et les options politiques doivent être validés par rapport aux développements futurs possibles, avec des instruments d'évaluation de la réglementation de qualité et des procédures plus efficaces, normées et efficientes. On peut d'ailleurs également s'interroger sur la pertinence d'externaliser les études auprès de cabinets de consultation.

Des outils ont été mis en place dans le cadre de *Better regulation* pour faciliter cette évaluation. Il en est ainsi de la plateforme *Fit for Future*, qui regroupe des experts de haut niveau : des représentants des États membres, du Comité des régions, du Comité économique et social européen, de la société civile, des entreprises et des organisations non gouvernementales, dont la mission est d'aider la Commission à améliorer la législation de l'UE. A cette fin, ils lui remettent des avis sur les possibilités de simplification, de réduction de la charge et de modernisation en ce qui concerne la législation actuelle.

A côté de la plateforme *Fit for Future*, une véritable boîte à outils¹⁶⁸ pour une meilleure réglementation a été élaborée. Elle adresse de multiples conseils à la Commission en vue de l'adoption des études d'impacts, notamment relatifs :

- au respect des principes généraux de *Better regulation*¹⁶⁹ ;

2011/61/EU, 2014/65/EU and (EU) 2016/97 as regards the Union retail investor protection rules and Regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 1286/2014 as regards the modernisation of the key information document, SWD/2023/278 final.

¹⁶⁷ Le Rapport énonce notamment que : « *One potential approach would involve incorporating into the Inter-institutional Agreement on Better Law-Making an obligation for the Commission and the two co-legislators to consider, prior to any legislative proposal and discussion related to the Savings and Investments Union, the objectives of fostering a self-sufficient, diverse, and competitive ecosystem, along with a competitiveness test ensuring an appropriate balance between ordinary legislation and delegated or implementing acts, thereby providing the flexibility needed to enable rapid competitive responses to innovation within the Single Market* ». Voir Enrico Letta, *Much more than a market*, Avril 2024, consultable ici : <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>.

¹⁶⁸ « *Better regulation* » *toolbox* – July 2023 edition, consultable ici : https://commission.europa.eu/document/download/9c8d2189-8abd-4f29-84e9-abc843cc68e0_en?filename=BR%20toolbox%20-%20Jul%202023%20-%20FINAL.pdf.

¹⁶⁹ Ces principes sont déclinés sous forme d'« outils », concernant par exemple le programme REFIT et la plateforme *Fit for Future*, le rôle du Regulatory Scrutiny Board, l'idée que la législation doit être informée par des preuves ("*evidence informed*"), le respect des principes de légalité, subsidiarité et proportionnalité.

- à la méthodologie applicable à la conduite des études d'impact ;
- à l'identification des impacts de la législation envisagée sur les différents secteurs économiques relevant de l'action de l'Union¹⁷⁰ ;
- aux modalités de consultation des parties intéressées par la proposition législative ;
- à des outils de conformité relatifs – entre autres – à la conduite d'études d'impact en vue de l'adoption des actes délégués et d'exécution¹⁷¹ ;
- à la marche à suivre pour réaliser un test de compétitivité dans le cadre d'une étude d'impact, l'analyse de la compétitivité internationale des acteurs européens par rapport aux pays tiers constituant l'un des volets de ce test.

Le comité d'examen de la réglementation (*Regulatory Scrutiny Board*, « RSB »), organe indépendant au sein de la Commission qui examine notamment la qualité des analyses d'impact, a été conçu pour assister la Commission et lui permettre de prendre des décisions sur la base des meilleures données disponibles. Composé d'un président et de huit membres nommés par la Commission à temps plein pour un mandat non renouvelable de trois ans (prorogeable d'un an au maximum dans des circonstances exceptionnelles), il doit agir en toute indépendance. Il prépare donc ses opinions de manière autonome et ne sollicite ni n'accepte d'instructions de la Commission, ni d'aucune autre agence décentralisée nationale ou européenne ou d'aucun autre organe de l'UE.

L'idée d'un organe indépendant produisant des analyses fondées sur des « preuves » (« *evidence based* ») est séduisante. Elle a par ailleurs fait ses preuves et le travail du RSB est justement loué pour son efficacité. Elle pose cependant la question de ce qui constitue une « preuve » pertinente aux fins de l'évaluation des analyses d'impact.

Des questions ont également été posées au Médiateur européen concernant les modalités de nomination des membres du RSB, l'existence d'hypothétiques conflits d'intérêt, ou encore concernant l'accès aux analyses produites par ce comité : son site internet donne au public accès à de très nombreuses informations mais il arrive que certains travaux ne soient pas publiés, et que le RSB refuse d'y donner accès. En réponse à ces questions, la Médiatrice de l'UE¹⁷² a par exemple :

- suggéré que la Commission veille à ce que la composition du RSB corresponde clairement à la diversité des compétences requises dans le domaine concerné¹⁷³ ;

¹⁷⁰ La liste est longue et il est inutile de la citer in extenso ici. Il est néanmoins intéressant de relever que la compétitivité sectorielle figure parmi les champs à examiner par la Commission au cours de l'élaboration des propositions législatives.

¹⁷¹ Les outils proposés sur le sujet rejoignent la publication de la Commission intitulée : « *Delegated and Implementing Acts (Articles 290 and 291 Treaty on the Functioning of the European Union) - Guidelines for the services of the Commission*, novembre 2020, consultables ici : <https://www.aaronmcloughlin.com/wp-content/uploads/2024/06/2020.11.223.-DA-IA-guidelines-copy.pdf>. Ils font également écho aux : « *Critères non contraignants pour l'application des articles 290 et 291 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne — 18 juin 2019* », (2019/C 223/01), publiés au Journal officiel de l'Union le 3 juillet 2019.

¹⁷² Voir : Discours d'Emily O'Reilly, Médiateur européen, « *Présentation d'une étude sur le comité d'examen de la réglementation* », Bruxelles, 7 juin 2023.

¹⁷³ Décision sur la composition du comité d'examen de la réglementation de la Commission européenne et ses interactions avec les représentants d'intérêts (439/2023/KR), Affaire 439/2023/KR, 13 septembre 2024.

- invité la Commission à décrire clairement les critères qu'elle applique pour sélectionner les membres du comité à cette fin ;
- proposé à la Commission de donner accès aux documents demandés, une fois expurgés d'éventuelles données à caractère personnel (telles que le nom du membre)¹⁷⁴ ; ou encore
- suggéré que la Commission publie à l'avenir de manière proactive les déclarations d'intérêts faites par les membres¹⁷⁵.

D'autres affaires intéressent le RSB sans que celui-ci soit directement à l'origine de la plainte déposée : deux d'entre elles concernent en effet un refus de la Commission d'accorder accès au public à l'avis du RSB sur un projet d'analyse d'impact de la Commission dans le domaine des denrées alimentaires. Dans sa décision, la Médiatrice a estimé que le refus de la Commission constituait un cas de mauvaise administration, et exhorté cette institution à donner pleinement effet à la jurisprudence de la CJUE qui impose aux institutions de l'Union d'appliquer un niveau de transparence particulièrement élevé aux documents législatifs¹⁷⁶.

1.4.2. Renforcer la prise en compte de la compétitivité par les ESAs

Le rapport publié en septembre 2024 par Mario Draghi¹⁷⁷ fait de la compétitivité de l'Union une « priorité absolue », en formulant des recommandations stratégiques sur la manière de rendre son économie plus compétitive. Les conclusions du rapport soulignent la nécessité d'assurer le financement des grands défis auxquels l'UE sera confrontée au cours des prochaines décennies. À cette fin, le rapport insiste sur la réduction de la complexité et du volume des réglementations européennes, considérées comme un obstacle à la compétitivité, et sur l'amélioration de la gouvernance de l'UE : alors qu'environ 3 500 textes législatifs et 2 000 résolutions ont été adoptés par le Congrès américain entre 2019 et 2024, 13 000 actes ont été promulgués au niveau européen au cours de la même période.

En effet, comme l'ont souligné récemment la Commission et le projet de rapport annuel du Parlement européen sur l'Union bancaire¹⁷⁸, un secteur financier européen sain et résilient est essentiel pour parvenir à une UE compétitive à l'échelle mondiale,

¹⁷⁴ La Commission faisait valoir que les informations qu'ils contiennent sont des données à caractère personnel qui devraient rester confidentielles.

¹⁷⁵ Décision relative au refus de la Commission européenne de donner au public un accès complet aux déclarations d'intérêts des membres de son comité d'examen de la réglementation (affaire 74/2023/MIK), affaire 74/2023/MIK, 2 octobre 2023.

¹⁷⁶ Décision relative au refus de la Commission européenne de donner au public accès aux documents concernant une analyse d'impact et l'avis correspondant du comité d'examen de la réglementation sur la révision du règlement concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires (affaires 2347/2023/MIK et 177/2024/MIG), 3 octobre 2024.

¹⁷⁷ Le rapport a été commandé par la Commission européenne et la présidence hongroise du Conseil. Mario Draghi, *The future of European competitiveness – A competitiveness strategy for Europe*, 9 septembre 2024.

¹⁷⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « La compétitivité à long terme de l'UE : se projeter au-delà de 2030 », 16 mars 2023, COM(2023) 168 final ; Conclusions du Conseil, « Une industrie européenne compétitive, moteur de notre avenir vert, numérique et résilient », 24 mai 2024, 10127/24. Voir également : Proposition de résolution du Parlement européen sur l'introduction de l'intégration de la compétitivité dans la législation de l'Union européenne, B10-0155/2024, 31 octobre 2024 et le projet de rapport annuel du Parlement européen sur l'Union bancaire du 7 novembre 2024, 2024/2055 (INI) .

alors que l'Europe est confrontée à des défis majeurs, notamment en ce qui concerne les transformations numérique et durable, qui nécessitent des capacités de financement européennes robustes. Les lettres de mission récemment adressées par Mme. Ursula von der Leyen à Vladis Dombrovskis et Maria Luis Albuquerque¹⁷⁹, semblent aller dans ce sens :

“New legislation must ensure that our rules are simpler, more accessible to citizens and more targeted. You will ensure the principles of proportionality, subsidiarity and Better Regulation are respected, including through wide consultations, impact assessments, a review by the independent Regulatory Scrutiny Board and a new SME and competitiveness check (...)”.

Des Etats membres se sont récemment mobilisés pour demander une meilleure prise en compte de la compétitivité du secteur financier, via son cadre réglementaire, pour financer les objectifs européens. Ils ont notamment souligné le besoin de s'assurer que les niveaux 2 et 3 soient proportionnés et cohérents avec le niveau 1, « *sans aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire, au vu notamment de ce qui est adopté au niveau international* »¹⁸⁰.

Comme en témoigne une étude récente conduite sous la houlette de la Banque des règlements internationaux (*Bank for International Settlements*, « BIS »), l'attribution de mandats aux régulateurs et superviseurs visant à tenir compte de la compétitivité, en sus de la poursuite de la stabilité financière, n'est pas rare¹⁸¹. Au Royaume-Uni par exemple, une loi récente sur les services financiers et les marchés (*Financial Services and Market Act*) accorde à la *Prudential Regulation Authority* et à la *Financial Conduct Authority* un mandat secondaire de prise en compte de la compétitivité¹⁸². Aux Etats-Unis, la *Securities and Exchanges Commission* (« SEC ») doit exercer certains de ses pouvoirs en tenant compte de la compétitivité du secteur bancaire américain¹⁸³.

¹⁷⁹ Ursula Von Der Leyen, Mission Letter to Vladis Dombrovskis, Commissioner-designate for Economy and Productivity and Commissioner-designate for Implementation and Simplification, 17 September 2024, Brussels, available here : https://commission.europa.eu/document/download/71c3190f-0886-4202-846e-5750f188f116_en?filename=Mission%20letter%20-%20DOMBROVSKIS.pdf. Mission Letter to Commissioner-designate for Financial Services and the Savings and Investments Union, 17 September 2024, Brussels, consultable ici :

https://commission.europa.eu/document/download/ac06a896-2645-4857-9958-467d2ce6f221_en?filename=Mission%20letter%20-%20ALBUQUERQUE.pdf.

¹⁸⁰ Voir la lettre envoyée par les représentants du Ministero dell'Economia e delle Finanze italien - Dipartimento del Tesoro Direzione V Ufficio II, du Ministère de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique I Direction générale du Trésor français, et du Bundesministerium der Finanzen allemand, adressée à John Berrigan, Directeur Général de la Direction générale de la stabilité financière, des services financiers et de l'union des marchés des capitaux, le 24 septembre 2024.

¹⁸¹ Sasin Kirakul, Jeffery Yong and Raihan Zamil, The universe of supervisory mandates – total eclipse of the core?, March 2021, FSI Insights on policy implementation N° 30, p. 5.

¹⁸² Voir le Financial Services and Markets Act 2023. Pour une synthèse relative à la formalisation législative de ce mandat secondaire au bénéfice, en particulier, de la FCA, voir notamment: Secondary international competitiveness and growth objective, 14 July 2023, consultable ici : <https://www.fca.org.uk/publication/corporate/secondary-international-competitiveness-growth-objective-statement.pdf>.

¹⁸³ Le Rapport stratégique de la SEC pour le cycle 2014-2018 est sans ambiguïté sur le sujet, puisqu'elle y déclare que : « *Many of the initiatives outlined in this Strategic Plan are designed to*

Il s'agit de rééquilibrer les stratégies réglementaires afin qu'elles tiennent mieux compte des impacts de la production normative sur les assujettis, en particulier dans une perspective internationale, sans faire obstacle à la poursuite des objectifs de stabilité financière et de protection du consommateur / investisseur. Cela impliquerait de renforcer la prise en compte par les ESAs de l'objectif de compétitivité, thème que les règlements instituant les ESAs évoquent déjà, sans toutefois peut-être le définir suffisamment :

« (13) L'Autorité devrait tenir dûment compte de la répercussion de ses activités sur la concurrence et l'innovation sur le marché intérieur, la compétitivité globale de l'Union, l'inclusion financière et la nouvelle stratégie de l'Union en matière d'emploi et de croissance. »

Une révision des règlements sur ces points apparaît nécessaire (voir Annexe 7).

1.4.3. Renforcer le processus de consultation des parties prenantes

Le processus d'adoption des textes de niveau 2 et 3 ne permet en pratique ni la participation suffisante des parties intéressées par les textes en cause, ni *in fine* la prise en compte des objections légitimes qu'elles pourraient formuler. A cette fin, plusieurs pistes de réflexion pourraient être envisagées :

- modifier les articles 10, 15 et 16 des règlements instituant les ESAs (ainsi que les articles 49, 53 et 54 du règlement instituant l'AMLA) pour rendre systématiques les consultations préalables à l'adoption de projets de normes techniques et d'orientations (consultations dont les ESAs peuvent en l'état se dispenser sous certaines conditions, voir *supra*, 1^e partie, point 1.2.1) (voir propositions en Annexe 8) ;
- garantir l'effectivité du processus de consultation ;
- rendre les analyses coûts-avantages obligatoires (avec résultats accessibles au public).

Il convient de garantir l'effectivité du processus de consultation et de s'assurer que celui-ci donne lieu à de réels échanges, afin d'assurer une meilleure adhésion des parties prenantes et de construire une plus grande confiance dans le cadre réglementaire ainsi que dans la supervision dont il fait l'objet. A cette fin, assurer un

address specific problems brought to light by the global financial crisis and its aftermath. Despite best efforts, however, it is impossible to predict and plan for all potential challenges. The degree of the SEC's success in achieving its goals and strategic objectives may depend upon factors such as those listed below.. (...) Over-regulation or under-regulation may undermine the competitiveness of the U.S. capital markets in an increasingly competitive global marketplace ». Voir : U.S. Securities and Exchange Commission, *STRATEGIC PLAN - FISCAL YEARS 2014–2018, Protecting investors, maintaining fair, orderly, and efficient markets, and facilitating capital formation* », <https://www.sec.gov/files/sec-strategic-plan-2014-2018.pdf>. Plus récemment, la SEC a réitéré ses préoccupations relatives à la compétitivité: *“The United States cannot take its remarkable capital markets for granted. New financial technologies continue to change the face of finance for investors and businesses. Global markets are inextricably linked, with money flowing between them in microseconds. While more retail investors than ever before are accessing U.S. markets, other countries are developing competitive markets.* », U.S. Securities and Exchange Commission, *STRATEGIC PLAN - FISCAL YEARS 2022-2026*, https://www.sec.gov/files/sec_strategic_plan_fy22-fy26.pdf.

systématisation des consultations en amont des textes de niveau 2 et 3 est essentiel. Des **échanges techniques avec audition des acteurs intéressés** pourraient également être organisés en amont et en fin de consultation, sur la base des principaux points de friction, et ce avant la finalisation des projets de standards techniques¹⁸⁴. Les échanges pourraient être informels afin de favoriser le dialogue.

Cela suppose d'abord qu'un **délai de réponse** adapté soit prévu afin de permettre aux participants de disposer d'un temps serein d'analyse pour pouvoir y répondre utilement. Cela suppose également que des consultations ne soient pas organisées pendant les longues périodes de congés, telles que la fin d'année ou la période estivale¹⁸⁵. Plus généralement, le **calendrier d'adoption des textes de niveau 2 devrait être publié** par les Autorités et faire l'objet d'une actualisation dans l'hypothèse où un événement en retarde la soumission à la Commission, afin de permettre aux acteurs concernés de se préparer correctement.

Cela nécessite ensuite d'assurer l'**accessibilité** de la consultation. A défaut de traduire la consultation dans la langue de chaque Etat membre (dans la pratique, elles sont généralement rédigées en anglais), il serait souhaitable qu'elle soit accompagnée d'un glossaire et de définitions précises des principaux termes qui en font l'objet, dans la langue de chaque Etat membre, afin d'éviter les faux sens et les erreurs de compréhension. Les réponses « ouvertes » devraient toujours être possibles en plus des réponses à des questions précises. Des réponses par courrier devraient systématiquement être autorisées, afin d'assurer une véritable confidentialité des réponses (une anonymisation ne suffit pas toujours).

Il importe enfin d'assurer la **transparence quant aux résultats de la consultation**. Il serait très utile qu'à l'issue de toute consultation, les ESAs expriment systématiquement, de manière claire et concrète leurs observations et commentaires et exposent les raisons pour lesquelles les suggestions et préconisations des experts, professionnels et consommateurs consultés ont été, ou non, prises en compte. Les résultats de toutes les consultations devraient être rendus publics dans un délai de trois mois à compter de la clôture de la période de consultation.

¹⁸⁴ Cette proposition tire parti de l'existant; puisque l'article 8(2) de la Décision de l'ABE portant règles de procédure aux fins de la rédaction des projets de standards techniques, orientations et recommandations dispose notamment que: « *Si l'analyse des réponses à la consultation révèle des problèmes importants, ou si une version révisée de la proposition diffère sensiblement de la proposition initiale, l'ABE s'efforce, dans la mesure du possible, de procéder à une deuxième série de consultations (conformément à sa déclaration publique sur les pratiques de consultation). Dans ce cas, le chef de projet, au nom de l'équipe du projet [chargée de la rédaction des standards techniques ou orientations], avec le consentement du président de l'ABE, procède à une nouvelle consultation conformément à la décision du Président, tenant compte du calendrier global du projet* ». ¹⁸⁵ A titre de comparaison, l'annexe à l'Accord interinstitutionnel Better Law Making dispose en son point 14 que : « *Afin de permettre au Parlement européen et au Conseil d'exercer les droits prévus par l'article 290 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans les délais fixés dans chaque acte de base, la Commission ne transmet aucun acte délégué pendant les périodes suivantes : — du 22 décembre au 6 janvier, — du 15 juillet au 20 août* ».

¹⁸⁵ A titre de comparaison, l'annexe à l'Accord interinstitutionnel Better Law Making dispose en son point 14 que : « *Afin de permettre au Parlement européen et au Conseil d'exercer les droits prévus par l'article 290 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dans les délais fixés dans chaque acte de base, la Commission ne transmet aucun acte délégué pendant les périodes suivantes : — du 22 décembre au 6 janvier, — du 15 juillet au 20 août* ».

En outre, les ESAs ne devraient pas intégrer dans les versions finales des projets soumis à la Commission, des propositions ne figurant pas dans le projet soumis à consultation et n'ayant pu faire l'objet d'aucun débat public.

Ces différentes garanties pourraient être apportées par un encadrement textuel du processus de consultation (cas d'ouverture, modalités, calendrier, etc.).

1.4.4. Clarifier le fonctionnement des comités d'experts

La Commission décide parfois de la création de groupes d'experts et autres entités similaires pour l'assister dans sa réflexion sur des actes délégués qu'elle a pour mission de rédiger seule, tels que :

- Le « Non Performing Loans (NPL) Advisory Panel », groupe d'experts assistant la Commission européenne dans la mise en œuvre de son plan d'action sur les crédits non performants et qui la conseille sur des propositions d'actions futures¹⁸⁶, ou encore
- l'« Expert Group on Banking, Payments and Insurance » (EGBPI), entité consultative composée d'experts nommés par les Etats membres de l'UE, qui fournit des conseils et une expertise dans la préparation de projets d'actes délégués dans le domaine bancaire, des paiements et des assurances pour la Commission et ses services.

Ces deux exemples attestent à la fois de la diversité des missions de ces groupes d'experts mais aussi de la variété de leur composition, car si le NPL Advisory Panel est composé d'agences de l'Union et d'institutions intéressées, telles que la BCE, il rassemble également des acteurs privés, avec des représentants d'établissements et d'associations professionnelles. En revanche l'EGBPI ne rassemble que des experts nommés directement par les Etats Membres, et ce alors même que sa mission est d'assister la Commission dans la rédaction d'actes délégués, mission qui en principe relève de sa seule responsabilité (à moins que les ESAs n'aient été mandatées pour rédiger les propositions de textes).

La diversité de ces groupes, fort utiles, et des missions qui leur sont attribuées pourraient faire l'objet d'une clarification. Les modalités de nomination des experts siégeant au sein des différents comités et groupes de travail devraient également faire l'objet de davantage de transparence et il serait utile que la Commission publie des critères d'éligibilité, tels que la compétence ou l'honorabilité. Les décisions relevant de la composition de ces comités devraient être motivées et publiées afin d'éviter tout conflit d'intérêt. Dans les hypothèses qui la rendent nécessaire, la rémunération des

¹⁸⁶ Ce groupe d'experts a notamment publié un article examinant comment la titrisation contribue au développement d'un marché secondaire mature de l'UE pour les NPLs, marché secondaire décrit comme permettant aux banques de réduire leurs NPLs en les vendant à des investisseurs tiers. L'article indique s'inscrire dans les pas du plan d'action de la Commission en vue de la réduction des stocks de NPLs dans l'Union. S'il affirme ne pas fournir de conseil juridique, il propose néanmoins des pistes d'amélioration en vue d'améliorer les processus de titrisation des NPLs, et jouent donc un rôle dans les propositions que pourrait émettre la Commission. Voir "Further developing secondary markets for non-performing loans: the role of securitisation", novembre 2023, consultable ici: https://finance.ec.europa.eu/document/download/4f537f03-1193-41b8-b06f-97ba84cb7f74_en?filename=2311-npl-advisory-panel-securitisation-paper_en.pdf

membres de ces comités, le cas échéant, et la liste des bénéficiaires devraient être publiques.

Des principes similaires devraient s'appliquer aux groupes d'experts qui assistent les comités des ESAs chargés de rédiger les projets de normes techniques et d'orientations¹⁸⁷ afin d'assurer la transparence et l'indépendance des ESAs dans la conduite de leurs missions, en particulier compte tenu de l'*Early Legal Review* menée par le service juridique de la Commission¹⁸⁸.

Concernant le fonctionnement des Comités internes des ESAs et des sous-comités qu'ils pourraient être amenés à constituer, la transparence pourrait également être renforcée concernant leur agenda, le calendrier de leurs travaux et la composition des groupes dédiés à telle ou telle norme technique ou orientation. Des rapports intermédiaires pourraient être publiés, sur le modèle des travaux du Parlement, pour assurer une plus grande transparence concernant les amendements rédigés par les comités. Les propositions d'amendements aux projets de normes techniques et d'orientations seraient rendues publiques, avec leur justification.

1.4.5. Modifier le fonctionnement des groupes des parties intéressées

Le fonctionnement des groupes des parties intéressées aux différents secteurs institués auprès des ESAs¹⁸⁹ (*stakeholder groups* : groupe des parties intéressées au secteur bancaire, groupe des parties intéressées au secteur financier, groupe des parties intéressées à l'assurance et la réassurance et groupe des parties intéressées aux pensions professionnelles), pourrait être amélioré, notamment :

- en conduisant une réflexion sur la durée appropriée des mandats (actuellement de quatre ans) ;

¹⁸⁷ L'article 2(8) de la Décision de l'EIOPA détaillant les règles de procédure de son Conseil des autorités de surveillance indique que le Conseil adoptera les actes visés au Chapitre II du Règlement instituant l'EIOPA - dont les standards techniques et les orientations de l'article 16 – sur la base d'une proposition du Comité interne pertinent. Ces comités sont fondés sur l'article 41 commun aux trois Règlements des ESAs. Les règles de procédure du Conseil des Autorités de surveillance de l'ESMA ne détaillent pas l'identité des auteurs des projets de standards techniques / orientations, mais les « terms of reference » des différents comités internes à l'ESMA, pour certains d'entre eux, les investissent explicitement de ces fonctions ; c'est le cas par exemple du Comité sur la protection des consommateurs (terms of reference consultables ici :

[https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2023-03/ESMA35-30-](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2023-03/ESMA35-30-778_IPSC_Terms%20of%20reference.pdf)

[778_IPSC_Terms%20of%20reference.pdf](https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2023-03/ESMA35-30-778_IPSC_Terms%20of%20reference.pdf)). Concernant enfin l'EBA, les règles de procédure de son Conseil des autorités de surveillance ne détaillent pas davantage le rôle des Comités internes, se bornant à indiquer, à l'image de l'ESMA, que des tâches peuvent leur être attribuées par et sur décision dudit Conseil (voir article 13 du Règlement de procédure, consultable ici :

https://www.eba.europa.eu/sites/default/files/document_library/1037182/Rules%20of%20Procedure%20of%20the%20Board%20of%20Supervisors.pdf). ¹⁸⁸ Voir CEP Study, European Supervisory Authorities, Room for improvement at Level 2 and Level 3, Study on Behalf of the fpmi Munich Financial Centre Initiative, 4 oct. 2016.

¹⁸⁸ Voir CEP Study, European Supervisory Authorities, Room for improvement at Level 2 and Level 3, Study on Behalf of the fpmi Munich Financial Centre Initiative, 4 oct. 2016.

¹⁸⁹ Art. 37 des règlements instituant les ESAs. Ces groupes sont institués auprès de chaque ESA afin d'aider à faciliter la consultation des parties concernées dans les domaines dont sont respectivement en charge ces Autorités. Ils sont consultés en particulier sur les projets de normes techniques ainsi que sur les orientations et recommandations prises sur le fondement de l'article

- en supprimant la possibilité d'un renouvellement du mandat afin d'assurer une plus grande indépendance ;
- en assurant une meilleure transparence de la procédure de sélection des membres ;
- en prévoyant des clauses de nature à empêcher les « *revolving doors* » entre les membres de ces groupes et la possibilité d'un poste futur au sein des ESAs, pendant une durée de trois ans ;
- en assurant une rotation plus effective des institutions financières représentées ;
- en accroissant la fréquence des réunions (actuellement de quatre par an).

En outre, les ESAs devraient assurer la transparence sur la manière dont les recommandations des groupes des parties intéressées sont mises en œuvre et, si ce n'est pas le cas, sur les raisons qui le justifient.

1.4.6. Rendre plus transparent le processus d'adoption des actes de niveau 2

Sans être nécessairement confidentielles, les propositions d'amendements – rares – que la Commission s'autorise à formuler ne sont répertoriées dans aucun outil dédié sur le site internet des ESAs. L'accès aux documents en la matière est difficile, voire incomplet (voir *supra*, 1^e partie, point 1.2). La création par les ESAs d'un classement documentaire systématique, distinguant les échanges entre les Autorités et la Commission au sujet des RTS et des ITS des autres types de correspondances échangées par ces entités, garantirait un meilleur accès au processus de rédaction des textes de niveau 2 faisant intervenir les ESAs.

L'ajout, sur le registre des actes délégués, d'un onglet répertoriant ces échanges de manière systématique, constituerait à cet égard un progrès important. Des critères de recherche devraient permettre d'identifier les cas dans lesquels les amendements proposés par la Commission ont été repris et ceux dans lesquels le dialogue s'est avéré infructueux.

D'une manière générale, le rôle joué par les ESAs dans l'adoption de ces actes devrait être rendu plus transparent : un calendrier des réunions dédiées à l'élaboration de ces instruments serait utilement mis à disposition du public, ainsi que l'identité des groupes d'experts éventuellement associés et les modalités de leur participation.

Le Conseil a exprimé des préoccupations similaires via le rapport du CSF cité précédemment. Concernant la préparation des actes délégués, il a notamment invité la Commission :

- à améliorer la transparence et le dialogue avec les ESAs, les Etats membres et le Parlement européen, en particulier dans les cas où des amendements sont introduits par la Commission suite à la soumission d'un projet de RTS par l'ESA ;
- à mettre en place un système d'alerte précoce afin d'avertir les Etats membres, le Conseil, le Parlement européen et l'ESA compétente, quand elle entend s'écarter du projet de RTS, en précisant également les raisons de cette déviation ;

- lorsqu'elle introduit des modifications dans le projet de RTS, à systématiquement renvoyer ses amendements à l'ESA compétente afin d'éviter des désaccords sur leur nature (et leur éventuelle matérialité) ;
- à consulter les experts des États membres au cours de la période de contrôle de trois mois après qu'un projet de RTS a été soumis par l'ESA à la Commission :
 - o pour les RTS hautement prioritaires,
 - o ou lorsque la Commission envisage d'introduire un changement important dans le projet de RTS ;
- à justifier et expliquer systématiquement les changements introduits par rapport au projet soumis par les ESAs, comme le prévoient les règlements instituant ces autorités.

En outre, le CSF recommande que les ESAs soient invitées à présenter et discuter de leurs progrès dans la préparation des RTS hautement prioritaires avec le Conseil.

Le CSF recommande enfin que les colégislateurs et la Commission déterminent les critères justifiant que les délais d'opposition aux RTS soient prolongés. Il faudrait en particulier clarifier les cas dans lesquels le RTS final n'est pas identique au projet initial, ce qui justifie que le délai d'objection soit porté à trois mois¹⁹⁰.

Toutes ces mesures contribueraient à assurer que les ESAs s'inscrivent dans les pas du compromis politique négocié par les colégislateurs dans le texte leur donnant mandat.

1.4.7. Anticiper les difficultés de calendrier

Les incohérences dans l'entrée en application des textes de différents niveaux, liées notamment à la multiplication du nombre des mandats accordés aux ESAs pour adopter des ITS / RTS, constituent une difficulté réelle, tant pour les agences chargées de leur rédaction dans des délais contraints que pour les acteurs de marché (voir encadré *supra*, 1^e partie, 2.1.).

Outre une utilisation plus fréquente par les ESAs de la possibilité de publier des *public statements* ou d'adresser des avis aux ANC (voir *supra*, 1^e partie, 2.1.), plusieurs pistes de réflexion peuvent être envisagées, pour le futur et pour régler les difficultés du passé, via des RTS, des dispositions transitoires plus systématiques, des règlements Omnibus ou des clauses de renouvellement tacite d'exemption ou équivalence.

Lorsque les difficultés de calendrier sont liées à l'application d'un texte de niveau 2 existant, les ESAs pourraient, de leur propre initiative ou sur invitation des ANC,

¹⁹⁰ Le CSF indique que la Commission considère parfois des RTS adoptés comme étant « identiques » (conformément à l'article 13, paragraphe 1, des règlements de l'ESA) au projet soumis par l'Autorité concernée. Dans de telles situations, le Conseil, et à travers lui les experts des États membres, ne disposent en moyenne que d'une semaine pour examiner les textes. Cela aurait, d'après le CSF, suscité des inquiétudes au Parlement européen, qui aurait contesté la manière dont les délais pour les objections sont fixés par la Commission, alors que dans de nombreux cas, le règlement délégué tel qu'adopté par la Commission et le projet de RTS soumis par l'ESA ne pouvaient pas être considérés comme « identiques ». Dans de telles circonstances, le délai d'un mois fixé par la Commission n'est pas justifié et un délai d'objection de trois mois devait s'appliquer.

proposer à la Commission d'adopter des normes techniques de réglementation ou d'exécution dont la vocation serait de suspendre l'application de textes de niveau 2 posant des difficultés de calendrier¹⁹¹. La procédure d'adoption serait identique à celle d'un RTS ou d'un ITS, selon la nature de l'acte à suspendre, à ceci près qu'elle suivrait un calendrier accéléré : l'ESA soumettrait à la Commission européenne des projets de normes techniques suspensives, et celle-ci disposerait d'un mois à compter de leur réception pour les adopter. Avant l'expiration de ce délai, elle pourrait formuler des amendements communiqués à l'ESA concernée, qui aurait alors le droit de modifier sa proposition dans un délai de 15 jours. À l'issue de ce délai, la Commission pourrait adopter ou rejeter un projet de norme modifié.

Une fois l'acte adopté par la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil disposeraient d'un délai de 15 jours, renouvelable une fois, pour formuler des objections. Si des objections étaient formulées, la norme ne pourrait pas entrer en vigueur. Le Parlement européen et le Conseil disposeraient donc d'un droit de veto. La suspension serait nécessairement temporaire et limitée à neuf mois, renouvelable une fois.

S'agissant des difficultés liées à l'application d'un texte de niveau 1 en l'absence des mesures de niveau 2 nécessaires, deux hypothèses doivent être distinguées, pour l'avenir ou pour le passé.

A l'avenir, la réduction du nombre de délégations limiterait le nombre de cas dans lesquels les difficultés de calendrier sont susceptibles de survenir. En outre, un meilleur dialogue avec les parties prenantes et un processus de consultation plus efficace permettraient de mieux identifier les dispositions du texte de niveau 1 dont l'application serait problématique en cas de retard dans l'adoption des textes de niveau 2 et le cas échéant d'anticiper ces difficultés en insérant dans le texte de niveau 1 des dispositions transitoires.

A cet égard, l'application de certaines dispositions de l'acte de niveau 1 pourrait être subordonnée à l'entrée en vigueur d'un acte de niveau 2, dans l'hypothèse où celui-ci s'avère essentiel à leur mise en œuvre opérationnelle. De telles dispositions ont par exemple été prévues par la DSP2¹⁹² ainsi que par le règlement CSDR¹⁹³ et le règlement Régime pilote¹⁹⁴ en ce qui concerne la discipline de règlement. Afin d'éviter

¹⁹¹ Cette proposition fait écho, bien que sous une forme différente, au rapport du Haut Comité Juridique de la Place de Paris publié en 2018, qui proposait la création d'un nouveau type de normes techniques appelées normes techniques relatives à la suspension (« *technical standards relating to suspension - TSRS* »), décrites comme « *un hybride entre les normes techniques réglementaires et les normes techniques d'exécution et [empruntant] à leurs régimes respectifs.* ». *Faisabilité de la consécration par le législateur de l'Union d'une procédure de forbearance faisant intervenir l'autorité européenne des marchés financiers*, Groupe de travail présidé par Gérard Rameix, octobre 2018, consultable ici : https://www.banque-france.fr/system/files/2023-10/rapport_24_f.pdf.

¹⁹² Dir. 2015/2366, préc., art. 115 (4).

¹⁹³ Règlement UE n° 909/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres ("CSDR"), art. 76 (4), (5) et (6).

¹⁹⁴ Règlement n° 2022/858 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 sur un régime pilote pour les infrastructures de marché reposant sur la technologie des registres distribués et modifiant les règlements (UE) n° 600/2014 et (UE) n° 909/2014 et la directive 2014/65/UE, art. 17.

que l'entrée en application des dispositions du texte de niveau 1 ne puisse être repoussée *sine diem*, une date butoir pourrait être prévue.

L'accord interinstitutionnel *Better Law-Making*¹⁹⁵ pourrait être révisé en ce sens, notamment son annexe relative aux clauses types, pour proposer, s'agissant des règlements, une clause, rédigée comme suit :

« Les mesures relatives à (...) visées à l'article/les articles (...) du présent règlement, s'appliquent à partir de la date d'application fixée pour chaque mesure relative à (...) dans l'acte délégué adopté par la Commission en application de l'article/des articles (...) ».

S'agissant des directives, qui suscitent des problématiques spécifiques notamment liées aux délais de transposition, la clause type pourrait être ainsi rédigée, dans l'article portant sur la transposition du texte :

« Les Etats membres veillent à ce que les mesures visées à l'article/les articles (...) de la présente directive s'appliquent à partir de la date d'application fixée pour chaque mesure relative à (...) dans l'acte délégué adopté par la Commission en application de l'article/des articles (...) ».

Pour le passé, lorsque les outils existants s'avèrent insuffisants, un règlement Omnibus pourrait être adopté, afin d'intégrer, dans les articles d'une série de textes limitativement énumérés portant mandat en vue de l'adoption de normes techniques par la Commission, un nouveau paragraphe qui pourrait être rédigé comme suit :

« Afin d'assurer une cohérence dans les mesures prises par les assujettis pour appliquer le présent règlement/directive, les mesures relatives à (...) visées à l'article/les articles (...) n'entreront en application qu'à partir de la date d'application fixée pour chaque mesure relative à (...) dans l'acte délégué adopté par la Commission en application de l'article/des articles (...) ».

Ce texte à vocation « Omnibus », permettrait de régler le problème existant des nombreux mandats déjà accordés par le législateur en vue de l'adoption d'actes délégués et d'actes d'exécution, chaque fois que des difficultés de calendrier ont surgi.

S'agissant enfin des difficultés de calendrier liées à des exemptions ou des décisions d'équivalence arrivant à terme dans le domaine bancaire et financier (telles que les décisions relatives à l'équivalence du cadre réglementaire applicable aux contreparties centrales dans des pays tiers), faisant l'objet de travaux destinés à les renouveler mais qui n'ont pas abouti dans le délai fixé, une clause de renouvellement tacite de l'exemption ou de la décision d'équivalence pourrait être insérée dans les textes de niveau 1, assortie d'un mécanisme de revue par la Commission qui en permettrait la révocation en cas de changement de circonstances.

A noter que l'ESMA, dans sa réponse du 22 novembre 2024 à la consultation lancée en juin par la Commission européenne concernant le cadre européen macro-

¹⁹⁵ Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne, « Mieux légiférer », 13 avril 2016.

prudentiel applicable aux intermédiaires financiers non bancaires (*Non-bank financial intermediaries*, NBFIs)¹⁹⁶, demande davantage de pouvoirs dans le cadre des *no-action letters*, pour les situations dans lesquelles le *timing* des mesures de niveau 1 et de celles de niveau 2 n'est pas aligné, ainsi que des situations dans lesquelles des mesures temporaires urgentes sont nécessaires. Les outils proposés ci-dessus peuvent offrir des alternatives intéressantes.

1.4.8. Réformer la gouvernance des ESAs

La composition actuelle du Conseil des autorités de surveillance (*Board of supervisors*) des ESAs n'apparaît pas optimale. Ainsi, les membres votants sur les normes techniques et les orientations sont les directeurs des autorités nationales de surveillance, qui n'ont, bien souvent, pas de pouvoir réglementaire au niveau de l'Etat membre et ne sont pas tenus d'assister personnellement à toutes les réunions.

Dès lors que les ESAs jouent avant tout un rôle normatif ou quasi-normatif, il serait approprié, chaque fois qu'est en jeu l'adoption d'un texte de *soft law* ou la finalisation d'un projet de RTS / ITS, qu'en sus de représentants des autorités compétentes de supervision, siègent également des représentants des régulateurs nationaux. En outre, lors de l'examen des actes visés aux articles 10 à 16 des règlements instituant les ESAs, le Conseil des autorités de surveillance pourrait être ouvert par exemple à d'anciens professionnels, sans droit de vote mais jouissant du statut d'observateurs, à l'instar du collège de certaines autorités nationales.

Une telle approche renforcerait la légitimité des textes de niveau 2 et des orientations prises sur le fondement de l'article 16, en particulier. Des conseils indépendants pourraient examiner les textes faisant l'objet de controverses et donner des avis.

Afin de faciliter la prise de décision, il serait en outre intéressant que les décisionnaires assistent en personne aux réunions plutôt que d'y envoyer un suppléant.

Des unités d'audit interne et de conformité pourraient par ailleurs être développées pour s'assurer que toutes les procédures et actions sont conformes aux normes juridiques établies.

Il conviendrait toutefois de distinguer entre l'EBA et l'EIOPA, d'une part, et l'ESMA, d'autre part, afin de tenir compte des missions de supervision directe dont cette dernière, à la différence des deux premières, est investie à l'égard de certains acteurs des marchés financiers. La gouvernance et les modalités de vote pourraient ainsi être adaptées pour refléter le rôle de chaque ESA et l'ajuster aux marchés considérés.

1.4.9. Réformer les conditions d'adoption de la *soft law* par la BCE et le CRU

Si l'adoption de certains guides de la BCE précisant ses attentes a fait l'objet de consultations publiques, celles-ci ne sont pas systématiques, constat qui s'applique également à l'adoption d'instruments de droit souple par le CRU. Ainsi, certains instruments de communication, tels que les communiqués de presse sur le thème des

¹⁹⁶ ESMA50-43599798-9960.

prêts non performants ou lettres par exemple en matière de gouvernance (voir *supra*), en dépit de leurs effets réels, selon la pratique actuelle, sur les établissements supervisés, ne font pas l'objet de consultations. Il serait souhaitable que des échanges en amont et réguliers avec les parties prenantes soient systématisés et les formes de consultations plus « ouvertes ». Il ne s'agit bien sûr pas de procéder à des consultations systématiques avant chaque lettre ou communiqué, mais seulement lorsque ces actes visent à changer fondamentalement les pratiques des établissements.

Les mêmes recommandations que celles formulées à l'égard des ESAs pourraient s'appliquer : les consultations seraient accompagnées d'un projet du texte et assorties d'une série de questions visant à guider les parties prenantes dans la lecture du document ; l'industrie pourrait compléter sa réponse par une lettre, des données à titre confidentiel. Des périodes raisonnables de consultation seraient prévues, et ce en dehors de la période estivale. La BCE et le CRU publieraient, dans un délai raisonnable après la fin de la période de consultation, un rapport agrégeant les retours des parties prenantes, comportant également une justification lorsque les remarques et commentaires de ces parties prenantes n'ont pas été accueillis.

1.5. Améliorer le processus de réception des normes

1.5.1. Clarifier le processus de « *comply or explain* » (« appliquer ou expliquer »)

La rédaction de l'article 16 des règlements instituant les ESAs (ainsi que de l'article 54 du règlement instituant l'AMLA) est source d'interprétations différentes en ce qui concerne la portée des orientations et des déclarations de (non) conformité des autorités nationales (voir *supra*, 1^e partie, 1.3.1.1. et 1.3.2.).

Une clarification de ce texte paraît donc nécessaire pour :

- rappeler que les orientations sont soumises au respect des principes de proportionnalité¹⁹⁷ et de subsidiarité ;
- préciser que les ESAs peuvent adopter des orientations seulement sur mandat exprès de l'un des actes visés à l'article 1(2) ou de l'un des actes entrant dans le champ de l'article 1(3) des règlements instituant les ESAs (application cohérente des actes énumérés)¹⁹⁸ avec un plafond (voir *supra*);

¹⁹⁷ Ce que rappelle déjà l'article 60 *bis* des règlements instituant les ESAs. La possibilité de ne pas appliquer, totalement ou partiellement des orientations de l'EBA, a d'ailleurs été reconnue en France par le Conseil d'Etat (CE, 12 juillet 2022, préc.), sous réserve pour l'établissement de (i) démontrer que les orientations en cause leur imposeraient une charge excessive par rapport aux risques qu'elles cherchent à couvrir, compte tenu de la taille, la nature et la complexité de l'établissement, son business model (ex : seulement banque de détail), ou son organisation juridique (ex groupe, réseau de coopératives avec un organe central) ; (ii) en démontrant qu'il arrive à un résultat identique en suivant une autre pratique. Voir Annexe 6.

¹⁹⁸ Par exemple, l'article 1^{er}, paragraphe 2, du Règlement 1093/2010 définit le champ d'action de l'EBA : celle-ci agit dans le champ d'application d'un certain nombre de directives et de règlements énumérés par ce texte (telles les directives CRD IV, crédit à la consommation ou services de paiement), « *ainsi que de tout autre acte juridiquement contraignant de l'Union [lui] conférant des tâches* ». Le paragraphe

- préciser que les établissements doivent tout mettre en œuvre (c'est à dire faire leurs meilleurs efforts) pour se conformer aux orientations uniquement dans la mesure où l'ANC s'est déclarée conforme et que les orientations sont conformes au droit de l'Union et compatibles avec le droit national de l'Etat membre concerné ;
- préciser que même lorsque l'ANC s'est déclarée conforme, les établissements peuvent atteindre les objectifs poursuivis par le texte de niveau 1 en adoptant d'autres pratiques qui parviennent à un résultat équivalent et en s'en expliquant le cas échéant (voir Glossaire) ; ces pratiques ne sauraient être présumées être de mauvaises pratiques ;
- préciser que lorsque l'ANC s'est déclarée non conforme sur certaines dispositions, tous les établissements de l'Etat membre concerné bénéficient de cette déclaration, qu'ils soient ou non sous supervision directe de la BCE ;
- assurer la publication systématique, dans les tableaux de conformité ainsi que dans le rapport annuel des ESAs, des motifs invoqués par les ANC ou la BCE¹⁹⁹ pour ne pas respecter une orientation ou une recommandation ;
- souligner qu'aucune exigence prudentielle de pilier 2 ne saurait être adoptée sur le fondement d'orientations, textes de niveau 3 sans portée juridique contraignante ;
- rappeler qu'aucune sanction ne saurait être adoptée par une autorité de supervision, qu'il s'agisse des ANC ou de la BCE au titre du MSU, sur le fondement d'une violation d'orientations.

(Voir les propositions en Annexe 9).

En effet, la *soft law* (orientations, guides, questions-réponses...) ne devrait pas être considérée par les superviseurs, en pratique, comme obligatoire et susceptible de sanctions.

Par ailleurs, la pratique consistant à faire figurer en rouge, dans les tableaux de conformité aux orientations, les autorités ayant déclaré ne pas se conformer aux orientations, devrait être abandonnée. Cette pratique de « *name and shame* », fait peser sur les autorités nationales compétentes une pression politique alors que les règlements instituant les ESAs leur reconnaissent expressément la faculté de ne pas appliquer les orientations, notamment au regard du droit national.

3 ajoute qu'elle agit « *pour les questions qui ne sont pas couvertes directement par les actes législatifs visés au paragraphe 2 (...) pour autant que cette action soit nécessaire pour veiller à l'application cohérente et efficace desdits actes* »

¹⁹⁹ A ce jour le cas ne s'est jamais produit, mais il n'est pas exclu que la BCE se déclare un jour partiellement conforme à des guidelines de l'EBA, si par exemple celles-ci contredisaient sa propre *soft law*.

1.5.2. Faciliter l'accès aux textes de niveau 3

La réception des normes par les acteurs concernés nécessite avant tout d'assurer leur accessibilité et leur lisibilité. Des efforts en ce sens ont été faits avec la mise en place des *Single Rulebooks*, mais cela demeure insuffisant (voir *supra*, encadré p. 55).

L'accès aux textes de *soft law* élaborés par les ESAs (notamment orientations, Q&As) devrait être facilité sur leurs sites internet respectifs. Une présentation systématique et standardisée, d'une ESA à l'autre, garantirait en outre davantage de lisibilité et permettrait un contrôle pour assurer une cohérence des normes (voir *infra*).

La mise en place d'un moteur de recherche par mots clefs, dates, et tout autre critère facilitant l'identification de documents garantirait un meilleur accès, et davantage de transparence dans les processus de production normative des ESA. Des classements thématiques, chronologiques, pourraient également être prévus.

Idéalement et dans la mesure où cela est pertinent, les critères de recherche et les méthodes de citation et d'identification des documents (par nature par exemple) pourraient être harmonisés entre les trois ESAs.

1.6. Dresser une taxonomie de la *soft law* européenne dans le secteur des services financiers

Comme évoqué *supra*, la BCE a dans certains cas adopté des actes de droit souple ajoutant aux textes de niveau 1 et 2, les contredisant, ou contrariant les objectifs poursuivis par ailleurs par les orientations de l'EBA. Ces difficultés pourraient être palliées par une série de mesures :

- l'élaboration par la BCE d'une version amendée de sa taxonomie (c'est-à-dire de la classification présentant les différents types d'actes de *soft law* adoptés par cette institution ; voir *supra*, 1^e partie, 1.3.1.4.), qui serait exhaustive, garantissant une plus grande clarté et cohérence de ses publications, notamment du point de vue de leurs effets juridiques ;
- la publication, par la BCE, d'un rapport annuel dédié à ses publications non contraignantes²⁰⁰. Ce rapport serait présenté au Parlement européen lors d'une audition du Président du Conseil de surveillance de la BCE ;
- la mise en place par la BCE d'un plan de classement systématique de l'ensemble de ses communications exprimant des attentes quelle qu'en soit la forme, y compris les communiqués de presse, afin de garantir transparence et accessibilité.

Les ESAs pour leur part pourraient également adopter une taxonomie de leurs actes, qui ferait l'objet d'une harmonisation ; il pourrait être envisagé la même chose pour l'AMLA, dont les pouvoirs à cet égard sont similaires à ceux attribués aux ESAs.

²⁰⁰ Comme cela est déjà le cas en ce qui concerne sa mission de politique monétaire, conformément à l'article 15 des statuts du SEBC.

2. Renforcer le contrôle de la production des textes de niveau 2 et 3

Pour veiller au respect du cadre institutionnel et à la qualité des actes de niveau 2 et 3, il apparaît nécessaire de renforcer le contrôle politique qui s'exerce, s'agissant des actes de niveau 2, à travers le droit d'amendement de la Commission à l'égard des projets de normes techniques, les sessions d'examen organisées au sein du Parlement européen en amont de l'adoption des normes techniques par la Commission, ainsi que la faculté d'objection du Parlement et du Conseil et, s'agissant des actes de niveau 3, à travers la procédure d'avis motivé. Enfin, il semble également essentiel de renforcer le contrôle juridictionnel.

2.1. Renforcer le contrôle politique

2.1.1. Le contrôle des actes de niveau 2

2.1.1.1. Renforcer le droit d'amendement de la Commission

Comme cela a été souligné, la Commission n'intervient que très peu pour amender les normes techniques rédigées par les ESAs, sans doute faute de moyens mais également du fait de limitations d'ordre juridique : le droit d'amendement, que la jurisprudence – une seule ordonnance prise par le Tribunal de l'Union européenne en la matière – interprète strictement, est trop restreint pour pouvoir être exercé avec la sérénité requise (voir *supra*, 1^e partie, 1.2.2.).

Une révision des règlements instituant les ESAs pourrait donc être envisagée, pour assouplir les conditions d'exercice du droit d'amendement de la Commission et rendre plus transparentes les suites procédurales données par l'Autorité concernée, grâce notamment à :

- la reformulation du considérant 23 commun aux trois règlements instituant les ESAs (ainsi que du considérant 14 du règlement instituant l'AMLA) pour ouvrir le droit d'amendement de la Commission²⁰¹ et notamment pour spécifier que la Commission est en droit d'apporter des amendements à des projets de normes techniques (RTS / ITS) dès lors que la compétitivité du marché intérieur des services financiers de l'Union vis-à-vis de pays tiers est en jeu ;
- la fixation d'un délai pour le traitement des amendements ;

²⁰¹ L'amendement suivant pourrait être envisagé : « La Commission devrait approuver ces projets de normes techniques de réglementation par voie d'actes délégués en vertu de l'article 290 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne afin de les rendre juridiquement contraignants. Ils pourraient être modifiés par la Commission si elle le juge nécessaire après consultation de l'Autorité, étant donné que l'Autorité est l'acteur en relation étroite avec les marchés financiers et qui connaît le mieux leur fonctionnement quotidien. Les projets de normes techniques de réglementation seraient susceptibles de modification lorsqu'ils sont incompatibles avec le droit de l'Union, ne respectent pas les principes généraux du droit de l'Union, en ce compris la proportionnalité, contreviennent aux principes fondamentaux du marché intérieur des services financiers tels qu'ils ressortent de l'acquis législatif de l'Union dans le domaine des services financiers, ou sont susceptibles de porter atteinte à la compétitivité du marché intérieur des services financiers par rapport à celui de pays tiers. La Commission ne devrait pas modifier le contenu des projets de normes techniques de réglementation élaborés par l'Autorité sans coordination préalable avec cette dernière. Afin d'assurer l'adoption de ces normes selon une procédure souple et rapide, un délai maximal devrait être imposé à la Commission pour statuer sur leur approbation. »

- l'obligation, pour l'Autorité concernée, de publier une réponse aux demandes de modification de la Commission, indiquant les motifs pour lesquels elle décide d'accueillir ou non les amendements proposés ;
- la publication de l'ensemble des communications y relatives sur le site internet de l'Autorité et dans le registre des actes délégués (voir *supra*).

2.1.1.2. Renforcer l'*accountability* devant le Parlement européen et le Conseil

La question du contrôle politique (« *accountability* »), incluant l'obligation de rendre des comptes aux colégislateurs et la responsabilité devant ceux-ci des agences est cruciale, en Europe comme aux Etats-Unis²⁰², y compris en ce qui concerne leur production normative.

Différents mécanismes sont prévus en ce sens par les règlements instituant les ESAs. Celles-ci sont ainsi responsables devant le Parlement européen et le Conseil. A ce titre, l'article 3 des règlements précise les modalités selon lesquelles les ESAs doivent rendre compte de l'exercice de leurs activités au Parlement européen et au Conseil. Chaque Autorité doit rendre compte de ses activités périodiquement, dans son rapport annuel et dans le cadre de l'audition de son Président devant le Parlement (au moins une fois par an). Elle doit également en rendre compte sur demande : le Président doit rendre compte par écrit des activités de l'Autorité au Parlement européen lorsque celui-ci en fait la demande et l'Autorité doit répondre à toute question qui lui est adressée par le Parlement européen ou par le Conseil. Par ailleurs, les programmes de travail annuel et pluriannuel de chaque Autorité sont transmis au Parlement européen, au Conseil et à la Commission pour information²⁰³ et un compte rendu clair et complet de chaque réunion du Conseil des Autorités de Surveillance, « *qui permet de comprendre pleinement les discussions et comporte une liste annotée des décisions* », doit être fourni au Parlement européen²⁰⁴. Un contrôle budgétaire est également exercé²⁰⁵.

Cependant, le contrôle de l'activité normative des ESAs est à plusieurs égards limité.

Le Parlement européen, qui ne dispose en principe que d'une compétence *ex-post* pour objecter (droit de « *call back* ») aux RTS adoptés par la Commission sous la forme d'actes délégués, a déjà manifesté son désir d'assurer un contrôle plus étroit de ces

²⁰² Aux Etats-Unis, Michelle Bowman, membre du conseil des gouverneurs de la FED, n'a pas hésité à rappeler que « *l'obligation de rendre des comptes ne compromet pas l'indépendance (des agences). L'indépendance dans la réglementation bancaire selon Michelle Bowman doit s'accompagner d'une responsabilité (en anglais : « *accountability* »), à la fois envers le Congrès et le public américain. La responsabilité n'est pas moins importante pour les régulateurs bancaires que pour les banques. Les agences de réglementation bancaire remplissent une fonction publique importante et, les enjeux sont élevés. Les faillites bancaires et les tensions dans le système bancaire posent des risques importants, non seulement pour les clients des banques, les déposants et les créanciers d'une banque en faillite mais aussi pour le système financier dans son ensemble, l'économie américaine et les contribuables américains. (...) La responsabilité exige également des politiques et des procédures transparentes et une surveillance prévisible et équitable. Ces mesures démontrent au public et aux institutions réglementées que les agences exigent non seulement de ces institutions, mais aussi d'elles-mêmes des normes élevées* » (Governor Michelle W. Bowman, *Essay or Startling Insights*, Février 13, 2024).

²⁰³ Art. 43 des règlements instituant les ESAs.

²⁰⁴ Art. 43 *bis* des règlements instituant les ESAs.

²⁰⁵ Art. 63 des règlements instituant les ESAs.

instruments. La tâche est difficile tant les textes concernés sont à la fois nombreux et techniques, et le temps laissé aux parlementaires pour s'y intéresser, court. Ainsi, la Commission ECON a été invitée à examiner 193 actes délégués entre 2019 et 2024, ce qui en pratique représente un peu plus de 3 actes à examiner chaque mois²⁰⁶. Aussi, comme indiqué ci-avant, sur 1874 actes délégués, 23 seulement²⁰⁷ ont fait l'objet d'une objection, une seule intéressant les services financiers²⁰⁸.

Parce que les objections ne peuvent être votées qu'à la majorité absolue des députés européens et dans un délai de trois mois parfois réduit à un mois, le Parlement européen, plutôt que de demander un renforcement de son droit de « *call back* » qui semble difficile à réaliser en pratique, a mis en place des sessions d'examen en amont de la soumission par les ESAs de la version finale de leurs projets de RTS.

Ce contrôle *ex-ante* prend la forme de sessions mensuelles, dites « *scrutiny slots* » ou « *scrutiny sessions* » qui sont organisées par les coordinateurs politiques : ceux-ci sélectionnent un ou deux actes délégués en cours de rédaction afin qu'ils soient discutés au sein du comité compétent par le rapporteur et le « *shadow rapporteur* » du texte de niveau 1 fondant les actes délégués soumis à l'examen. En matière bancaire et financière, c'est donc la commission ECON qui est saisie²⁰⁹. Au sein de chaque comité, les personnes responsables du sujet couvert par l'acte délégué prennent ensuite contact avec les agences impliquées dans la rédaction des textes, ainsi qu'avec les groupes politiques. Des documents sont parfois préparés en amont des *scrutiny sessions* pour nourrir les discussions²¹⁰. Les sessions²¹¹ se tiennent

²⁰⁶ Committee on Economic and Monetary Affairs (ECON), *Activity Report 2019-2024*, mai 2024, p. 46.

²⁰⁷ Voir *supra*, 1^e partie, point 1.2.3.

²⁰⁸ Il était notamment reproché à la Commission le fait que les normes techniques adoptées par la Commission en application du Règlement PRIIPS sur rédaction du Comité Joint des ESAs comportaient des défauts de méthode ne permettant pas de satisfaire à l'exigence prévue par le règlement PRIIPS sur la fourniture d'informations « exactes, loyales, claires et non trompeuses » au consommateur. En outre, le projet ne détaillait pas assez le niveau d'informations devant accompagner les produits financiers concernés, générant un risque d'incohérences dans l'application du texte dans l'Union. En somme, EUROPARL critiquait une insuffisante normalisation, susceptible de produire des effets contraires à l'esprit et à l'objectif de la législation. Il a donc objecté au RTS en l'état et invité la Commission à amender le projet des ESAs en tenant compte de ses critiques. Le RTS fut publié quelques mois plus tard, en mars 2017.

²⁰⁹ Récemment, la commission ECON a organisé successivement deux « *scrutiny sessions* », une le 30 septembre 2024 concernant les normes techniques rédigées en application du règlement n° 2015/760 (dit "ELTIF") et l'autre le 23 septembre 2024 concernant l'acte délégué pris par la Commission en vue du report de l'entrée en applications de certaines obligations relatives à la revue Fondamentale du Trading Book ("FRTB" en anglais). Toutes deux ont fait l'objet de Briefings destinés à soutenir le travail de la commission ECON, soit, respectivement :

[https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/289027/ECON%20Scrutiny%20Paper-Eltif-30%20September%20\(002\).pdf](https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/289027/ECON%20Scrutiny%20Paper-Eltif-30%20September%20(002).pdf),

et

https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/288753/ECON%20Scrutiny%20Paper_FRTB_23%20September%202024.pdf.

²¹⁰ Voir par exemple : Parlement européen, Briefing, PSD2/Regulatory Technical Standards (RTS) on Strong Customer Authentication and Secure Communication, and IFR/RTS on separation of payment card schemes and processing entities Committee on Economic and Monetary Affairs, Scrutiny Session, 21 novembre 2017, consultable ici :

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/606780/IPOL_BRI\(2017\)606780_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/606780/IPOL_BRI(2017)606780_EN.pdf)

²¹¹ Voir par exemple : Parlement européen, Briefing, PSD2/Regulatory Technical Standards (RTS) on Strong Customer Authentication and Secure Communication, and IFR/RTS on separation of payment

chaque mois et devraient permettre aux ESAs ayant rédigé des projets de normes techniques, de les présenter en détail, avec des explications sur le contexte, et de discuter d'amendements éventuels. Il arrive que le Parlement rédige des lettres adressées aux ESAs et à la Commission exprimant un avis voire présentant des amendements²¹². Si le cas est rare, il atteste des possibilités qu'offre la pratique, lorsque des explications ont pu permettre aux députés d'analyser le projet.

Le site du Parlement européen comporte malheureusement peu d'informations sur ces sessions, qui ne font pas l'objet d'une publication systématique. Mais surtout, la somme des normes techniques et actes délégués, conjuguée à la technicité des textes en cause, ne permet pas aux services concernés d'en assurer un réel contrôle sur le fond, celui-ci se limitant en pratique le plus souvent à un contrôle du calendrier de publication des actes de niveau 2, qui accuse parfois les retards pris en la matière par les ESAs ou la Commission. Le point mensuel dédié aux textes de niveau 2 ne donne donc pas nécessairement lieu à débats, ce qui explique le peu de renseignements disponibles concernant les *scrutiny sessions* sur le site du Parlement européen²¹³.

Pour permettre au Parlement d'exercer le contrôle qui lui incombe et assurer un meilleur équilibre institutionnel, une réflexion sur le nombre d'actes soumis au contrôle des députés européens dans des délais contraints devrait être engagée. L'ambition législative et réglementaire ne peut se déployer sans avoir pensé, au préalable, la question budgétaire. Un renforcement des moyens du Parlement européen aux fins du contrôle des actes délégués pourrait ainsi avoir lieu. Dans ce cadre, un redéploiement des budgets pourrait être envisagé, afin notamment de mieux équiper (i) les secrétariats des comités compétents, (ii) les unités juridiques correspondantes des comités.

Des améliorations sur ces différents points permettraient de renforcer « l'accountability » des agences et de la Commission vis-à-vis du Parlement européen.

En outre, l'usage de la faculté d'objection du Parlement européen serait plus aisée si elle pouvait ne concerner que certaines dispositions de l'acte délégué et non pas celui-ci dans son ensemble. En effet, cette faculté d'objection qui, aujourd'hui, ne peut porter que sur tout l'acte lui-même, est un droit tellement puissant (une « arme nucléaire » selon certains) que le Parlement européen hésite à l'exercer.

card schemes and processing entities Committee on Economic and Monetary Affairs, Scrutiny Session, 21 novembre 2017, consultable ici :

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/606780/IPOL_BRI\(2017\)606780_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/606780/IPOL_BRI(2017)606780_EN.pdf).

²¹² Voir par exemple : Lettre du Président du comité ECON et du rapporteur de MiFID 2 datée du 27 novembre 2015 à la Commission européenne au sujet des RTS MiFID/MiFIR. Le comité y exprime son mécontentement, l'ESMA n'ayant que partiellement amendé les RTS dans le sens demandé par le comité dans courrier du 23 juillet 2015. La lettre évoque toute une série d'amendements que la Commission devrait adopter afin d'éviter une objection au RTS, menaçant ainsi le texte d'un veto législatif.

²¹³ Si la présente législature semble renseigner les informations en la matière, les archives de la commission ECON pour les précédentes législatures sont incomplètes voire inexistantes ; il est possible que l'absence d'information soit liée à l'absence d'échanges sur le fond concernant les textes de niveau 2 inscrits à l'agenda, faute de temps et de moyens notamment.

Concernant enfin la faculté d'objection du Conseil, les données sont peu nombreuses. Une étude commandée par le service de recherche du Parlement européen a cependant révélé qu'entre 2009 et 2018, le Conseil n'avait objecté que deux fois à l'adoption d'un acte délégué et jamais, du reste, dans le domaine des services bancaires et financiers²¹⁴. Le rapport du CSF précédemment cité a à ce sujet fait quelques propositions qui pourraient nourrir la réflexion concernant le contrôle des textes de niveau 2 par le Conseil :

- Le CSF rappelle ainsi que le Conseil devrait pouvoir, en dernier recours et si nécessaire, exprimer des objections à l'égard des propositions de textes pris sur la base de chacune des habilitations relatives à l'adoption d'un acte délégué, même lorsque plusieurs textes ont été regroupés en une "liasse" ("bundle", en anglais) et rappelle à cet effet l'importance de l'avis du service juridique du Conseil en la matière²¹⁵.
- Le CSF propose également d'établir une liste des actes délégués considérés comme « hautement prioritaires », dans la mesure du possible en collaboration avec la Commission en tenant compte du calendrier, des aspects politiques et pratiques, liste à faire approuver notamment par le COREPER.
- Ces actes hautement prioritaires devraient bénéficier de dispositifs renforcés, y compris une consultation renforcée des experts des États membres et un bilan des progrès réalisés au niveau du CSF le cas échéant.
- Concernant enfin le contrôle ex-post exercé par le Conseil, le CSF recommande que les colégislateurs établissent une coordination renforcée, impliquant notamment la convocation d'au moins un groupe de travail pour échanger sur des actes prioritaires. Le CSF propose que le secrétariat du Conseil utilise son système d'échange d'informations pour renforcer la coordination des délégations, en vue d'une éventuelle objection à un acte délégué.

2.1.2. Le contrôle des actes de niveau 3 : la procédure d'avis motivé

La révision en 2019²¹⁶ des règlements instituant les ESAs a introduit un nouvel article 60 *bis* intitulé « *Excès de compétence par l'Autorité* » aux termes duquel « *Toute personne physique ou morale peut adresser un avis motivé à la Commission si cette personne estime que l'Autorité a excédé ses compétences, y compris en ne*

²¹⁴ Milan Remáč, *Parliamentary scrutiny of the European Commission: implementation of the Treaty provisions*, EPRS | European Parliamentary Research Service, octobre 2018, page 73.

²¹⁵ Cet avis énonce notamment que : « *whenever a delegated act groups several empowerments of a basic act without any objective justification, the Council may regard that delegated act as a "bundle" of separate delegated acts and exercise accordingly its right to object in respect of each of them* ». Le document n'a pas été rendu public mais on en trouve mention dans d'autres documents officiels de l'Union. Voir : *2493rd meeting of the Permanent Representatives Committee (Part 2)*, Bruxelles, 9 avril 2014 et Luxembourg, 14 avril 2014, 8807/14, CRS/CRP 15.

²¹⁶ Règlement n° 2019/2175 du 18 déc. 2019 modifiant le Règlement (UE) n° 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), le Règlement (UE) n° 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), le Règlement (UE) n° 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), le Règlement (UE) n° 600/2014 concernant les marchés d'instruments financiers, le Règlement (UE) n° 2016/1011 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds d'investissement et le Règlement (UE) n° 2015/847 sur les informations accompagnant les transferts de fonds.

respectant pas le principe de proportionnalité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 5, lorsqu'elle agit dans le cadre des articles 16 et 16 ter, et que cela la concerne directement et individuellement ».

Cette nouvelle voie de droit n'a semble-t-il jamais été appliquée. La rédaction de cette disposition étant particulièrement laconique, il est en effet difficile d'évaluer l'efficacité d'un tel dispositif.

Une première incertitude tient aux motifs d'illégalité justifiant la saisine de la Commission, que l'article 60 *bis* définit restrictivement aux seuls cas d'excès de compétence ou de violation du principe de proportionnalité. La hiérarchie des normes en droit de l'Union suppose pourtant que les actes des institutions et agences de l'Union, fussent-ils de droit souple, respectent l'ensemble du droit européen de niveau supérieur, en particulier les principes généraux du droit ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Une deuxième incertitude tient aux conditions de recevabilité prévues par ce texte. En effet, les conditions cumulatives tenant à l'existence d'un lien direct et individuel, si elles étaient interprétées de la même manière que dans le cadre du recours en annulation de l'article 263 TFUE, entraîneraient un risque élevé d'irrecevabilité (voir Annexe 9).

Une troisième incertitude tient aux conséquences de cette procédure. En l'absence de pouvoir prévu en ce sens, la Commission ne saurait, à elle seule, annuler des orientations d'une ESA, même si une illégalité était constatée. Les mesures à sa disposition, consistant par exemple à présenter une proposition de texte de niveau 1, s'inscrivent dans un temps plus long.

Il s'ensuit que cette procédure apparaît insuffisante en l'état à résoudre les difficultés identifiées.

Une modification de l'article 60 *bis* pour élargir les motifs d'illégalité serait bienvenue. En particulier, un motif supplémentaire et spécifique, justifiant la saisine de la Commission, pourrait être ajouté à l'article 60 *bis*, pour viser les cas dans lesquels les orientations en cause sont perçues comme induisant une rupture de compétitivité entre le marché intérieur des services financiers et les pays tiers.

Les conditions de recevabilité pourraient également être clarifiées, notamment pour prévoir expressément que les autorités compétentes et les établissements financiers destinataires des orientations sont recevables à adresser un avis motivé à la Commission européenne.

L'article 60 *bis* pourrait également être complété pour préciser le cadre procédural applicable, ainsi que les pouvoirs de la Commission en cas de constat de défaut de proportionnalité ou d'excès de pouvoir de la part de l'ESA concernée. La Commission pourrait se voir accorder un délai de réponse de deux mois à compter de la réception de l'avis motivé, réponse qui prendrait la forme d'un avis liant l'Autorité et l'invitant, le cas échéant, à réviser le texte litigieux dans un délai déterminé. Dans cette hypothèse, la Commission pourrait être invitée à réexaminer le texte adopté par l'ESA pour tenir

compte de ses recommandations, et ce dans un délai d'un an à compter de sa modification.

Les rapports sur le fonctionnement des ESAs publiés régulièrement pourraient revenir sur cette expérience et dresser des bilans périodiques, renforçant la responsabilité des ESAs dans l'adoption de textes de niveau 3.

Par ailleurs, un mécanisme identique pourrait être intégré dans le règlement instituant l'AMLA.

2.2. Renforcer le contrôle juridictionnel des actes de niveau 3

S'agissant des actes de niveau 2, le juge de l'Union européenne contrôle l'octroi et l'exercice des pouvoirs conférés à la Commission (voir *supra*, 1^e partie, 1.1.1.). Les actes de *soft law* ne font en revanche à ce jour pas l'objet d'un contrôle juridictionnel suffisant par le juge de l'Union, ni même devant la commission de recours des ESAs, le comité d'appel du CRU ou la commission administrative de réexamen de la BCE.

2.2.1. Renforcer les voies de contestation en veillant au respect de l'obligation de transmission des questions préjudicielles à la CJUE

Lorsque, dans le cadre d'une affaire devant une juridiction nationale, une nouvelle question d'interprétation d'intérêt général se pose pour l'application uniforme du droit de l'UE, ou lorsque la jurisprudence existante ne semble pas donner d'orientation permettant de traiter une nouvelle situation juridique, le juge national doit surseoir à statuer et renvoyer l'affaire à la CJUE²¹⁷. Ce renvoi préjudiciel, qui instaure un dialogue entre les juges nationaux et la Cour de justice de l'Union, est aujourd'hui davantage accepté par les juridictions nationales, qui s'en saisissent et acceptent plus fréquemment de soumettre des questions à la CJUE²¹⁸. Il convient toutefois de poursuivre la sensibilisation des juges nationaux sur ce sujet et d'inviter la Commission européenne à être attentive aux refus infondés de transmission d'une question préjudicielle à la CJUE²¹⁹ (voir Annexe 6).

En toute hypothèse, dans certains Etats membres, le requérant ayant essuyé un refus injustifié de sa demande de transmission d'une question préjudicielle peut agir en responsabilité à l'encontre de l'Etat membre concerné. Le succès d'un tel recours semble toutefois compromis dans de nombreuses hypothèses²²⁰.

2.2.2. Assurer un contrôle rigoureux

Interrogée dans le cadre d'un renvoi préjudiciel sur la validité des orientations de l'EBA relatives à la gouvernance des produits bancaires de détail, la CJUE a admis, dans

²¹⁷ Le dispositif est prévu par l'article 267 TFUE. Voir *supra*, 1^e partie, point 1.3.3.1.

²¹⁸ Pour un rappel de la jurisprudence classique concernant les conditions à remplir pour qu'une juridiction saisie en dernier ressort d'une question préjudicielle puisse ne pas saisir la CJUE, voir *supra*, point 1.3.3.1 de la première partie du présent rapport.

²¹⁹ Voir par exemple la deuxième affaire *FBF c. ACPR* relative à la légalité d'une Notice de conformité partielle de l'ACPR aux guidelines sur l'octroi et le suivi des prêts. Le Conseil d'Etat a en effet refusé le renvoi préjudiciel alors que des questions légitimes de légalité des guidelines avaient été soulevées par la requérante.

²²⁰ En France, CE, 9^e et 10^e chambres réunies, 1^{er} avril 2022, n° 443882, publié au recueil *Lebon*.

l'arrêt rendu le 15 juillet 2021, que l'exercice par une ESA du pouvoir d'adopter de telles orientations « *doit être susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel rigoureux* » et que le fait que ces orientations soient dépourvues d'effets juridiques obligatoires « *n'est pas de nature à affecter l'étendue de ce contrôle* »²²¹.

Comme l'ont relevé les commentateurs de cette décision, l'examen par la CJUE des orientations litigieuses est cependant demeuré très formel, en dépit des demandes de l'avocat général (voir Annexe 6).

Il serait dès lors souhaitable qu'un contrôle véritablement rigoureux soit exercé par la Cour.

2.3. Développer les recours précontentieux

Certaines décisions des ESAs peuvent faire l'objet d'un recours devant la commission de recours des ESAs²²².

Le nombre de recours portés devant cette commission en plus de dix ans d'existence montre cependant que cette voie reste peu utilisée. On dénombre ainsi 6 cas concernant l'EBA, 12 cas concernant l'ESMA et 8 cas concernant l'EIOPA²²³.

D'une part, seules les décisions individuelles de ces autorités, notamment celles prises sur le fondement des articles 17 (violation du droit de l'Union), 18 (situation d'urgence) et 19 (différends entre ANC) des règlements instituant les ESAs, peuvent faire l'objet d'un recours par leur destinataire ou par toute autre personne directement et individuellement concernée par la décision litigieuse.

D'autre part, la commission de recours considère, conformément à la jurisprudence de la CJUE, qu'un projet de normes techniques (en l'occurrence, des ITS) ne peut faire l'objet d'un recours devant elle puisqu'il ne s'agit que d'un acte préparatoire, les éventuelles erreurs factuelles ou de droit contenues dans le projet ne pouvant être invoquées que dans le cadre du recours en annulation formé, devant le Tribunal de l'UE, contre l'acte définitif adopté par la Commission européenne²²⁴.

Par ailleurs, les conditions procédurales (lieu de l'audience, délais pour l'échange des documents...) strictes peuvent sembler peu adaptées, en particulier pour les requérants personnes physiques.

L'opportunité de modifier l'article 60 des règlements instituant les ESAs aux fins notamment d'élargir les actes susceptibles de faire l'objet d'un recours et de modifier les conditions procédurales, pourrait être étudiée.

²²¹ CJUE, 15 juill. 2021, préc., points 67-68.

²²² Articles 58 à 60 des règlements instituant les ESAs.

²²³ Au 1^{er} février 2025. Voir : https://www.esma.europa.eu/databases-library/esma-library?f%5B0%5D=basic_%3A43&f%5B1%5D=basic_section%3A355&page=0 (consulté le 1/02/2025).

²²⁴ Comité d'appel des ESAs, *Creditreform Rating AG v. EBA* (BoA-D-2019-05).

Pour assurer pleinement l'indépendance de la commission de recours des ESAs vis-à-vis des ESAs, un budget pourrait être spécifiquement alloué à la commission de recours.

Des règles similaires pourraient s'appliquer au comité d'appel du CRU.

Garantir l'indépendance effective de la commission de recours des ESAs et du comité d'appel du CRU est encore plus nécessaire depuis qu'une récente réforme du statut de la CJUE a instauré un mécanisme de filtrage des pourvois dans les affaires dont ces commissions ont été saisies au préalable²²⁵. Le mécanisme mis en place implique que, dans ces affaires, le requérant justifie de l'importance de la question soulevée au regard de l'unité, de la cohérence ou du développement du droit de l'Union, condition à satisfaire pour que le pourvoi soit recevable. Ainsi, toute affaire portée devant la commission de recours des ESAs ou le comité d'appel du CRU puis, en appel, devant le Tribunal de l'Union, doit désormais faire la preuve que cette condition est remplie pour que la Cour accepte de s'en saisir.

L'objectif légitime de cette réforme est de diminuer la charge de travail de la Cour de justice, dont le prétoire est encombré. Pour le législateur, parce que les affaires soumises au filtrage auront bénéficié d'un double examen, le droit à une protection juridictionnelle effective est suffisamment garanti. Cela supposerait toutefois :

- que les garanties procédurales dont jouissent les requérants devant les commissions administratives de recours soient équivalentes – sinon identiques – à celles dont jouissent les parties devant le Tribunal de l'Union ;
- que l'indépendance des membres de ces comités soit assurée, alors qu'ils ne disposent pas de secrétariat dédié ;
- que la qualité des décisions de ces comités soit équivalente à celle des arrêts du TUE, alors que ces comités ne sont pas assistés dans leurs fonctions par des assistants juridiques comme cela est le cas devant le Tribunal.

Il faudrait ainsi que les ressources dont disposent ces comités et les garanties procédurales applicables devant eux soient à la hauteur de celles du TUE pour que l'accès à leur prétoire puisse être considéré comme « équivalent » à celui du TUE.

Même à ces conditions, reste entière la question de la portée du contrôle que peuvent exercer ces comités de recours sur les actes pris par les agences dont ils relèvent. Un arrêt de la Cour de justice²²⁶ a certes estimé que le contrôle doit être normal, et non pas restreint, mais les réflexions sur le sujet sont loin d'être achevées²²⁷.

S'agissant de la BCE, certaines décisions prises par l'institution dans le cadre de sa mission de surveillance prudentielle, peuvent être soumises à sa commission

²²⁵ Règlement n° 2024/2019 du Parlement européen et du Conseil du 11 avril 2024 modifiant le protocole n° 3 sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne, cons. 23 et art. 58 *bis*.

²²⁶ CJUE, 9 mars 2023, *ACER c. AQUIND*, affaire C-46/21

²²⁷ David Ramos Munoz et Marco Lamandini, "Aquind and the standard of review of the ESAs joint board of appeal and of the SRB appeal panel", Proceedings of the Final conference of the Jean Monnet Module on EU Specialized Judicial Protection 'Quo vadis, Boards of Appeal?' 8th-9th February 2024 | University of Ferrara, Contribution to the Roundtable debate on 'Boards of Appeal, standard of review and the right to an effective judicial protection'.

administrative de réexamen²²⁸. Cependant, tout comme pour la commission de recours des ESAs, seules les décisions individuelles peuvent être portées devant cette commission.

En outre, à la différence de la commission de recours des ESAs, celle-ci n'est pas un véritable organe indépendant précontentieux, mais procède à un réexamen administratif interne qui fait partie intégrante du processus décisionnel de la BCE. Si le principe de son indépendance est affirmé, cette indépendance n'est pas entourée du même niveau de garanties. Les fonctions de membre de la commission sont incompatibles avec l'exercice d'une autre fonction au sein de la BCE notamment, mais à la différence des règlements instituant les ESAs²²⁹, le Règlement MSU ne consacre pas le caractère irrévocable du mandat et ne prévoit pas de procédure de récusation. Il n'est pas non plus prévu que les membres de cette commission puissent, comme ceux de la commission de recours des ESAs, être entendus par le Parlement européen²³⁰.

A noter que la commission administrative de réexamen de l'AMLA est bâtie sur le même modèle que celle de la BCE (sauf qu'une procédure de récusation est prévue en cas de conflit d'intérêts)²³¹.

L'opportunité d'élargir le cercle des actes susceptibles d'être soumis aux commissions administratives de réexamen ainsi que de renforcer la transparence du fonctionnement de ces commissions, pourrait être étudiée. La publication des décisions des commissions administratives de réexamen, de manière anonymisée, garantirait également davantage de transparence et une meilleure compréhension des assujettis quant à l'interprétation des pouvoirs du superviseur.

La question du processus d'élaboration des attentes de supervision (les parties prenantes sont-elles suffisamment consultées ? Quel est leur fondement juridique ?...) ainsi que de leur contrôle, demeure un pan à étudier.

3. Revoir les pratiques des établissements financiers

Certaines solutions dépendent aussi des acteurs de l'industrie, qui pourraient notamment :

- mieux se coordonner entre experts des domaines concernés, service juridique, service de conformité, service en relation avec la BCE, etc. pour répondre aux consultations de manière détaillée et analyser la valeur des textes et leurs contradictions éventuelles²³² ; leurs définitions de poste devraient inclure la participation aux réponses aux consultations européennes, avec une marge de disponibilité pour ce faire ;

²²⁸ Article 24 du Règlement MSU.

²²⁹ Article 59 des règlements instituant les ESAs.

²³⁰ Article 58(3) des règlements instituant les ESAs.

²³¹ Articles 72 à 75 du Règlement instituant l'AMLA.

²³² M. Gillouard et D. Quelhas, « Juristes de banque, un métier en pleine mutation », *Revue Banque* juillet 2024, n° 894, p. 33.

- ne pas systématiquement demander aux ESAs d'apporter des précisions sur l'interprétation des textes de niveau 1 et 2, pour éviter une trop grande granularité au niveau 3 ;
- user plus largement de la possibilité de ne pas appliquer à la lettre des orientations et de mettre en œuvre d'autres pratiques pourvu qu'elles permettent d'atteindre un résultat équivalent, le cas échéant en informant préalablement l'ANC, comme ont pu le faire les établissements de certains pays ;
- moins hésiter à recourir à l'avis motivé à la Commission ainsi qu'aux procédures pré-contentieuses et au contrôle juridictionnel, afin que des contrôles s'exercent en vue d'un meilleur équilibre des compétences institutionnelles et des risques par rapport aux objectifs de croissance européenne.

ANNEXES

Annexe 1 : Rappel du processus Lamfalussy (Blanche Sousi)

Annexe 2 : Le renforcement des pouvoirs des comités de niveau 3 conformément aux recommandations du rapport Larosière (Blanche Sousi)

Annexe 3: Références des publications citées dans l'introduction relatives à la place excessive des actes de niveau 2 (Daniela Quelhas and Anne-Claire Rouaud)

Annexe 4 : Tableau sur les exemples de difficultés posées par les textes de niveau 2 ou de niveau 3 (EACB)

Annexe 5 : Focus sur la finance durable (Isabelle Louis et Pauline Hascoët)

Annexe 6 : Analyse de la jurisprudence de la CJUE et du Conseil d'Etat français en matière de *soft law* européenne (François Boucard et Daniela Quelhas)

Annexe 7: Propositions de modifications des règlements instituant les ESAs pour renforcer le critère de la compétitivité (Daniela Quelhas et Elisabeth Delahousse)

Annexe 8 : Propositions pour améliorer le processus de consultation (Elisabeth Rousseau)

Annexe 9 : Analyse de la procédure de l'avis motivé de l'article 60 *bis* des règlements instituant les ESAs et propositions de modifications des articles 16 et 60 *bis* des règlements instituant les ESAs et de l'article 54 du règlement instituant l'AMLA (Daniela Quelhas et Anne-Claire Rouaud)

Annexe 10 : Tableau récapitulatif des situations nationales

Annexe 11 : Chiffres clés (Marie Gillouard et Jenni Abbou)

Annexe 1 : Rappel du processus Lamfalussy

Blanche SOUSI

Préconisé par le rapport du groupe de travail présidé par Alexandre Lamfalussy, rendu public en février 2001, ce processus visait à parachever un marché intégré des services financiers pour faire face à la mondialisation des flux financiers, et à remédier à la lenteur de la procédure législative européenne, jugée moins réactive aux évolutions techniques que la réglementation américaine. Ce processus reposait sur une formule renouvelée de la procédure de comitologie, dans une approche réglementaire à quatre niveaux.

Au niveau 1

Le Parlement européen et le Conseil restaient évidemment compétents pour adopter, en codécision, des textes (directives ou règlements) dont l'initiative relevait toujours de la Commission européenne ; mais désormais ces textes ne devaient fixer que des **principes-cadres** et devaient donner délégation à la Commission pour arrêter les mesures techniques d'exécution expressément énumérées ;

Au niveau 2

Il revenait donc à la Commission européenne d'adopter **ces mesures techniques d'exécution**. Elle était assistée de deux comités :

- le Comité européen des valeurs mobilières, composé de hauts représentants des Etats membres, qui avait le pouvoir de voter les mesures proposées par la Commission,
- le Comité européen des régulateurs des valeurs mobilières, composé des représentants des autorités nationales des marchés, qui n'avait qu'un pouvoir consultatif ;

Au niveau 3

Le Comité européen des régulateurs des valeurs mobilières (le même qu'au niveau 2) devait assurer une **convergence des réglementations et pratiques nationales** dans l'application des dispositions prises aux niveaux 1 et 2. L'accent était donc mis sur la nécessité d'une coopération renforcée entre les régulateurs nationaux ; le système reposait sur la bonne volonté des régulateurs nationaux et non sur un mécanisme contraignant.

Au niveau 4

La Commission européenne, en sa qualité de gardienne des traités, restait compétente pour veiller à la bonne application des textes, **mais elle devait être aidée en cela par tous les acteurs**, y compris les Etats membres **et le secteur privé**.

Lorsque le processus Lamfalussy fut étendu aux domaines de la banque et des assurances en 2003, des comités de niveau 3 furent créés en conséquence : le comité européen des contrôleurs bancaires (CECB) et le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAPP). En 2010, à la suite des recommandations du rapport Larosière, les ESAs allaient se substituer aux trois comités de niveau 3 (voir l'annexe 2).

Annexe 2 : Le renforcement des pouvoirs des comités de niveau 3 conformément aux recommandations du rapport Larosière

Blanche SOUSI

Cette recommandation du rapport Larosière, selon laquelle il fallait renforcer les pouvoirs des comités de niveau 3 du processus Lamfalussy, a été consacrée par trois règlements du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010.

Voici comment.

Ces trois règlements ont institué trois autorités européennes de surveillance (ESAs dans le sigle anglais communément utilisé) se substituant aux anciens comités de niveau 3 qui n'avaient qu'un pouvoir consultatif. Ces ESAs sont donc des autorités de niveau 3 : mais avec quels pouvoirs ?

Il était dit dans le rapport Larosière que ces trois ESAs « recevraient des mandats clairs, des missions bien définies et seraient dotées de pouvoirs suffisants » (point 187 du rapport).

Encore fallait-il que de tels pouvoirs soient prévus dans le respect de l'équilibre institutionnel. On rappelle que, selon ce principe, chacune des institutions de l'Union européenne doit agir dans les limites des compétences qu'elle tient des traités et ne doit donc pas empiéter sur les compétences des autres institutions²³³.

En conséquence, il n'était pas possible de donner aux ESAs le pouvoir d'adopter des dispositions obligatoires, impersonnelles et générales, relevant de la compétence du Parlement européen, du Conseil, voire de la Commission européenne sur délégation.

Ce problème a été résolu par ces règlements de 2010 : ils disposent en effet que lorsque la Commission européenne reçoit, par délégation du Parlement européen et du Conseil, le pouvoir d'adopter des normes techniques de réglementation ou d'exécution, ces textes sont préparés par l'ESA concernée et proposés à la Commission européenne.

Celle-ci contrôle ces projets et s'ils ne lui conviennent pas, elle peut demander à l'ESA de les modifier, à condition d'en expliquer les raisons. Elle peut même les refuser mais, là encore, en le justifiant. Lorsqu'ils lui conviennent, elle les adopte dans un acte délégué (donc de niveau 2).

L'équilibre institutionnel est ainsi juridiquement respecté et en même temps, les ESAs ont un pouvoir renforcé comme le recommandait le rapport Larosière : ces autorités de niveau 3 rédigent des textes qui ont vocation à devenir des actes délégués de la Commission, donc des actes contraignants de niveau 2.

²³³ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c. Haute Autorité*, aff.9/56.

Annexe 3 : Références des publications citées dans l'introduction relatives à la place excessive des actes de niveau 2

Daniela QUELHAS et Anne-Claire ROUAUD

Parlements nationaux

Voir notamment :

- en France, S. Sutour, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes sur la place des actes délégués dans la législation européenne*, Sénat, Session ordinaire 2013-2014, janv. 2014, n° 322, <https://www.senat.fr/rap/r13-322/r13-3221.pdf>; J.-F. Rapin, D. Marie et C. Morin-Desailly, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires européennes sur la dérive normative de l'Union européenne* Sénat, Session ordinaire 2024-2025, déc. 2024, n° 190 ;
- en Allemagne, la résolution du Bundestag adoptée le 18 février 2016 et le rapport Radwan/Zöllmer (*Plenary discussion on 18/7539 of 18.02.2016, vote on the motion and adoption in 15273 A; Parliamentary report no. 18/4451 Section V*).

Travaux du Center for European Policy

CEP Study, European Supervisory Authorities, Room for improvement at Level 2 and Level 3, Study on Behalf of the fpmi Munich Financial Centre Initiative, 4 oct. 2016, consultable ici: <https://www.cep.eu/eu-topics/details/the-european-supervisory-authorities-room-for-improvement-at-level-2-and-level-3.html>.

Institutions de l'UE

Les institutions expriment régulièrement leurs inquiétudes concernant l'adoption de la législation déléguée.

Considérant que la délégation de pouvoirs à la Commission peut soulever des questions d'une importance politique considérable, le Parlement européen, le 25 février 2015, a adopté une « Résolution sur les suites à donner à la délégation de pouvoirs législatifs et au contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission (2012/2323(INI)) », https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0127_EN.html.

L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 16 décembre 2003, JOUE série C, n° 321 du 31.12.2003, consultable ici : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32003Q1231%2801%29>, remplacé par l'Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer » du 13 avril 2016, JOUE série L, n° 123 du 12.5.2016, p. 1, consultable ici : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003Q1231\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32003Q1231(01)), dont certaines dispositions sont

consacrées à la législation déléguée, tentait déjà d'apporter des réponses aux inquiétudes soulevées par la multiplication des mandats.

La persistance des problèmes a néanmoins conduit le Conseil, le parlement et la Commission, à adopter des « Critères non contraignants pour l'application des articles 290 et 291 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne — 18 juin 2019 », 2019/C 223/01, JOUE série C, n° 223 du 3.7.2019, p. 1, consultable ici : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016Q0512\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32016Q0512(01)).

Dans les résolutions accompagnant les décisions de décharge concernant l'exécution du budget des ESAs, le Parlement européen rappelle fréquemment que l'Autorité, dans l'exercice de ses activités, doit veiller en particulier à assurer la compatibilité avec le droit de l'Union, à respecter le principe de proportionnalité et à se conformer aux principes fondamentaux du marché intérieur, voir par exemple : *Résolution (UE) 2020/1945 du Parlement européen du 14 mai 2020 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision concernant la décharge sur l'exécution du budget de l'Autorité bancaire européenne (ABE) pour l'exercice 2018* (OJ L 417 11.12.2020, p. 325, consultable ici : <http://data.europa.eu/eli/res/2020/1945/oj>; *Résolution (UE) 2021/1642 du parlement européen du 29 avril 2021 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision concernant la décharge sur l'exécution du budget de l'Autorité européenne des marchés financiers pour l'exercice 2019*, consultable ici : <http://data.europa.eu/eli/res/2021/1642/oj>.

Concernant le Conseil, voir notamment le *Rapport du Financial Services Committee on Level 2 Processes-Endorsement*, 1759/15, 23 juin 2015.

Voir également le rapport du Conseil économique et social européen : CESE, Rapport d'information de la section spécialisée « Marché unique, production et consommation sur le thème « mieux légiférer : actes d'exécution et actes délégués », 30 juillet 2013.

Annexe 4 : Tableau EACB sur les exemples de difficultés posées par les textes de niveau 2 et 3



Text	Issue	Explanation
AML/CFT Level 3	Inconsistency	Guidelines on AML/CFT when it requires Member States to appoint a board member responsible for AML/CFT, when that can only be required by the national transposition of the Directive. EU Directive 2015/849, which has been transposed by each Member State, includes within its Article 8 the “appointment of a compliance officer at the <u>management level</u>” as a requirement to be incorporated into the policies within its scope of application. The definition of the concept of management included in the Directive is broad, considering that membership in the board of the Entity is not necessary. On the other hand, Article 46 of the same EU Directive urges that “<u>Member States shall require, where appropriate, that obliged entities appoint the board member who will be responsible for the implementation of the legislative, regulatory, and administrative provisions necessary to comply with this Directive.</u>” The European Banking Authority (EBA) issued Guidelines EBA/GL/2022/05 in accordance with the aforementioned Articles 8 and 46. Article 8 requires the appointment of a responsible person “at the management level.” Article 46 urges that “Member States shall require, where appropriate, that obliged entities appoint the board member who will be responsible for the implementation of the legislative, regulatory, and administrative provisions necessary to comply with this Directive.” Inconsistency: In light of the first-level regulatory texts (Directive) and the supervisory Guides, there is an evident first inconsistency in the way all entities are required to appoint a person responsible for compliance with the AML/CFT requirements. Firstly, within the Directive itself (Level 1), this designation foresees two differentiated levels of designation: Article 8: gives the option that, within the policies that the Board must establish, the responsible person does not have to be a member of that body. This has been envisaged in national regulation in Spain by primarily identifying the Representative before the SEPBLAC (who must be a senior executive, not necessarily a member of the Board), and the Internal Control Body, which can be a collegiate body within the organizational structure of each Entity. Article 46: urges Member States, and therefore the legislators in charge of transposing the Directive

Text	Issue	Explanation
		(remember that it is not directly applicable like a Regulation, but requires transposition by each Member State), to demand this designation. The Spanish legislation considered it in the same way as set out in the argumentation of the previous Article 8. Therefore, the aforementioned EBA GLs are inconsistent when referring to the development of Articles 8 and 46 previously indicated (inconsistent in themselves), highlighting also that the responsibility of a Board as a whole (referred to in turn in CRD IV and CRR) is to establish the policies and risk management models, and this body must have the capacities, knowledge, and experience (as a whole) to establish and supervise their effective compliance. To this, it should be added that the governance model of cooperative credit institutions, by their nature, includes mostly non-executive directors without direct remuneration for their position (except for the widely developed system of allowances in that sector). We understand that the differences in governance and the European corporate system, when transposing the mentioned Directive and therefore with the mandate to “demand” the appointment (Article 46), have already foreseen for their full alignment this reality, by not contemplating in any case the appointment of a Board member as responsible for AML/CFT, but figures that effectively cover the community requirements such as the aforementioned “Representative before the SEPBLAC” and “Internal Control Body.” In conclusion, we consider that the aforementioned EBA GLs, which as their own name includes, develop Articles 8 and Chapter VI of the Directive (chapter where the aforementioned Article 46 is included) are inconsistent with the requirements of the mentioned first-level Directive, by not contemplating the option that the appointed responsible at the highest level can be part of the “management,” and therefore may not include members of the Board, paying special attention to corporate realities, and cooperatives in particular, as it is evident that it has been considered in the national transposition to date. We will have to see how this issue is treated in the regulatory package on AML/CFT that is currently being prepared.
Basel III Level 2	Regulatory inflation / mandate exceeded	The RTS concerning market risk (and the roll out of the Fundamental Review of the Trading Book) are clear examples of the stretch of Level 2 laws.
Basel BCBS 239,	Undue burden, lack of clarity	Principles are very unspecific leaving a lot of room for interpretation. Independently of not having a direct transposition, they are audited by authorities under the umbrella of Art 74 CRD which in itself is very unspecific.
RDARR principles	Undue burden, Mandate exceeded	The ECB’s Guide on how to implement RDARR principles lacks democratic foundation by legal implementation. They have never been evaluated via the legislative process but are fully enforced by inspection teams, leading to big discrepancies in how they should be considered and therefore high costs.
BRRD Level 2	Temporal articulation	Uncertainty about for instance the MREL definition and perimeter of older RTS, where it is unclear whether they should be reconsidered in view of the introduction of the overhaul in BRRD2.

Text	Issue	Explanation
		Delays: There are still a handful of mandates not being followed up by EBA and it is unclear why this is the case or what exactly causes the delay in the work);
CCD / MCD Level 3	Mandate exceeded	Example on the validity of the EBA guidelines of 29 May 2020 on the granting and monitoring of loans (EBA/GL/2020/06) The EBA's Guidelines of 29 May 2020 on the granting and monitoring of loans (EBA/GL/2020/06) extend the scope of Directive 2008/48 on consumer credit and Directive 2014/17 on mortgage credit by imposing general internal governance requirements on credit institutions as provided for in Articles 74 and 79 of Directive 2013/36/EU, in the context of the existing requirements on consumer credit assessment, new requirements, including addressing environmental, social, and governance factors in credit risk, regulating automated delivery models, and requiring a clear list of credentials for consumer creditworthiness assessments.
CRD Level 3	Mandate exceeded	With regard to the EBA Guidelines on internal governance (EBA/GL/2017/11) and the EBA Guidelines on sound remuneration policies under Directive 2013/36/EU (EBA/GL/2021/04) the Austrian Financial Markets Authority (FMA) declared itself 'partially compliant'. The reason was a lack of legal basis in Art 29 (composition of the nomination committee) and respectively Art 39c Austrian Banking Act (composition of the remuneration committee).
CRD Level 3	Mandate exceeded	EBA/ESMA Guidelines on the Assessment of the Suitability of the Members of Management Body and Key Function Holders The Guidelines provide for a new criterion of formal independence of a sufficient number of members of the (non-executive) management body ('formal independence'). Neither Art. 74 (1) and (3) CRD nor Art. 88 and Art. 91 (12) CRD empower the EBA to develop additional requirements – that are not prescribed by secondary law – for the members of a management body of an institution.
CRD Level 3	Mandate exceeded	EBA Guidelines on sound remuneration policies under Directive 2013/36/EU According to the Guidelines, in G-SIIs and O-SIIs, the remuneration committee should include a majority of members who are independent and be chaired by an independent member. The relevant Article 95(1) CRD in conjunction with Article 75(2) CRD do not provide a legal basis for a such a composition requirement regarding the remuneration committee in systemically relevant institutions. Hence, EBA obviously went beyond its mandate by establishing further guidance and regulations on independent members in the remuneration committee for G-SIIs and O-SIIs.
CRD Level 2, Level 3	Temporal articulation	Long-lasting legislative process regarding the adoption of RTS, that enables proper and in time implementation of the Guidelines by the entities of the banking sector

Text	Issue	Explanation
		Example: In 2022 European Banking Authority published EBA/GL2022/14 - Guidelines issued on the basis of Article 84 (6) of Directive 2013/36/EU specifying criteria for the identification, evaluation, management and mitigation of the risks arising from potential changes in interest rates and of the assessment and monitoring of credit spread risk, of institutions' non-trading book activities. On same day, EBA also published the following drafts: a. EBA/RTS/2022/09 - Draft Regulatory Technical Standards specifying standardised and simplified standardised methodologies to evaluate the risks arising from potential changes in interest rates that affect both the economic value of equity and the net interest income of an institution's non-trading book activities in accordance with 84(5) of Directive 2013/36/EU; b. EBA/RTS/2022/09 - Draft Regulatory Technical Standards specifying supervisory shock scenarios, common modelling and parametric assumptions and what constitutes a large decline for the calculation of the economic value of equity and of the net interest income in accordance with Article 98(5a) of Directive 2013/36/EU. The drafts of regulatory technical standards were submitted to the Commission that finally adopted and published them in May 2024. The above mentioned Guidelines applied from 30 June 2023 (with an exception of sections referred to credit spread risk from non-trading book activities (CSRBB) that applied from 31 December 2023), whereas the RTS providing a specific provisions necessary for proper implementation of Guidelines was published one year later (May 2024). It shall be noticed that access to the specific requirements set forth in RTS is crucial to comply with the Guidelines' requirements. Usually, the wide scope of changes within the IT systems is required which also takes time. Adoption and publishing RTS based on guidelines after the date of its application date impedes to implement the relevant requirements set forth in Guidelines by banks in time.
CRD EBA Guidelines on loan origination	Mandate exceeded and inconsistency with national law	In 2018, the French Banking Federation (FBF) challenged the EBA Guidelines on loan origination (EBA/GL/2020/06). In 2022, the French Conseil d'Etat ruled that it was not necessary to refer the questions raised by the appellant to the ECJ. It is suprising as paragraphs 90 and 247 of the Guidelines requiring credit institutions to have a "single, consistent view of all of a customer's assets and liabilities held at an institution or a creditor on a consolidated basis" is not consistent with provisions of at least French law on banking secrecy as if the same customer holds assets in legally distinct entities of the same banking group (whether in another institution of the same group or in an insurance or

Text	Issue	Explanation
		asset management subsidiary), the French law provisions on professional secrecy prohibit the lending institution from collecting information enabling it to implement this obligation. Also, Annex II of the guidelines gives an exhaustive list of the information and documents to be collected from the applicant for the loan. The guidelines mention a general principle of proportionality, but this does not apply to Annex II, which is not covered. While the European co-legislators, whether in the successive directives relating to consumer credit or in the «Mortgage credit» directive, have left it to the lender to assess the elements to be taken into account in the context of the creditworthiness assessment, the EBA adds, without a legal basis, new obligations which apply uniformly to situations that are objectively very different (credit for the purchase of a main residence or for the purchase of a vacuum cleaner).
CRD Level 3	Mandate exceeded	In several cases, French authorities decided to conform only partially with a set of guidelines and/or to conform with a delay. The most notable concerns the guidelines on sound remuneration policies (EBA/GL/2021/04) (bonus caps), due to a lack of legal basis. For instance: The scope of several requirements of Articles 92 and 94 CRD (e.g. remuneration policy in line with the business strategy, incorporates measures to avoid conflicts of interest) is extended by the Guidelines to <i>all staff</i>, while the reading of the above-mentioned articles, which have been faithfully transposed in French law, indicates these articles only apply to identified staff. • CRD requires that instruments shall be subject to an appropriate retention policy, to align incentives with the longer-term interests of the institution, but does not establish a more precise requirement regarding the retention period applied to awarded instruments. Paragraph 289 of the Guidelines imposes a specific requirement for the retention period, which should be of at least 1 year. The ACPR noted that "The Guidelines are not the appropriate venue to establish new requirements"
CRD, PSD Level 3	Mandate exceeded	Guidelines of 22 March 2016 on the governance and supervision of retail banking products (EBA/GL/2015/18) EBA has exceeded its powers as provided for in Regulation 1093/2010 by establishing procedures for the governance and supervision of retail banking products not provided for in the 4 Tier 1 texts (the Capital Requirements Directive (CRD) 2013/36/EU and Articles 74 to 95/

Text	Issue	Explanation
		Payment Services Directive (PSD) 2015/2366/ Directive 2009/110/EC on electronic money Directive/ Directive 2009/110/EC 014/17/EU on loans for immovable property). Indeed, all those directives apply to corporate governance, not to retail banking product governance. Thus by transposing in its guidelines of 22 March 2016 concepts relating to the governance of financial products to the governance of retail banking products put in the market by credit institutions, EBA would require retail banking producers to comply with best practices whose level of requirement would not be justified and would not derive from any European directive or regulation whose task it is to ensure the correct application throughout the European Union.
CRR Level 1, Level 2, Level 3	Inconsistency	We have seen some cases where an authority has not applied parts of level 1, 2 and ESA guidance, even past the formal entry into force and/or formal application date, however this is typically something that is less explicit and more implied and there is often a transitional context (in other words, something that isn't applied or fully enforced now may not necessarily be given that treatment indefinitely). Article 77/78/78a CRR in connection with Commission Delegated Regulation (EU) n° 2023/827 (then at its draft stages). This in the early stages of CRR2 amendments entering into force, was temporarily and primarily due to inconsistencies.
CRR Level 2, Level 3	Undue burden	Commission Implementing Regulation (EU) n° 2021/1751 and the associated ITS which entail an elaborate form of reporting on impracticability issues in connection with certain contractual requirements. As of yet we have chosen to approach this in a more pragmatic manner that in fairness meets the same substantive goals (as we do not dispute the rationale) but in a less operationally burdensome way. Another example is EBA/GL/2024/04 of 8 April 2024, "Guidelines on resubmission of historical data under the EBA reporting framework". As the CRR does not contain a materiality concept, like auditing standards do, the EBA is of the view that errors, inaccuracies or other changes in the data reported in accordance with the supervisory and resolution reporting framework developed by the EBA (technical standards, guidelines). According to this resubmission guideline, banks have to resubmit without undue delay their prudential reporting in case of an error within the range of EUR 10,000 (i.e. EUR 5,000 upwards or EUR 5,000 downwards). With balance sheet totals of billions of Euro, this working assumption is totally not workable. In this regard the Dutch Central Bank has also informed us that they will provide the Dutch banks with a separate instruction.
CRR level 2	Overlapping requirements; Incoherence with level 1; Mandate exceeded	<u>BI Item does not match the definition of underlying component in CRR.</u> In at least one instance, the RTS/ITS list one component item that does not correspond to the underlying definition in the CRR:

Text	Issue	Explanation
		Article 314(2) of the CRR 3 informs that “<i>the asset component, which is the sum of the institution’s total gross outstanding loans, advances, interest bearing securities, including government bonds, and lease assets, calculated as the annual average over the last three financial years on the basis of the amounts at the end of each of the respective financial years</i>”; However, the Article 3 (a) of the RTS and corresponding article of the ITS state that the “<i>gross carrying amount of cash balance at central banks and other demand deposits</i>” are also part of the sum that determine the asset component. <u>Duplicate information in RTS/ITS</u> There is duplicative information in both the draft RTS and ITS. For example, the list of items of each Business Indicator Component is repeated in both standards. <u>Clarification issues in the RTS/ITS</u> Some RTS articles do not provide much clarification in addition to what was already described in the original CRR3 regulation like Article 16 of the RTS (Scope of the exclusions from the business indicator) and Article 4 of the same document (Dividend Component), which presents basically the same content of the corresponding Article 314(2) of the CRR3, albeit in a summarized form. On the other hand, clarification is missing for the definition of financial and non-financial services, in the CRR and the technical standards when it comes to the inclusion of the outsourcing fees in the calculation of the business indicator.
CRR Level 2	Mandate exceeded; Temporal articulation ; Inconsistency	Too large scope of EBA’s mandate to develop implementing technical standards (ITS) EBA’s <i>carte blanche</i> regarding mandates under CRR to develop implementing technical standards (ITS) – in contrast to the position with delegated acts, the European Parliament and the Council do not play any role in the adoption of implementing acts and once the “comitology process” is complete and the Commission formally adopts an implementing act, it will be published in the Official Journal and will take effect. It seems that European Commission and the members of EP have tendency to confer the power on the Commission to develop rules that may seem technical or “blocking” but which may be potentially very impactful and burdensome. One of the most prominent examples is the ITS developed under the mandate stipulated in article 434a CRR – <i>Uniform disclosure formats</i> – especially amendments implementing the disclosure of environmental, social and governance risks. According to the purpose set in this article: “<i>Those uniform disclosure formats shall convey sufficiently comprehensive and comparable information for users of that information to assess the risk profiles of institutions and their degree of compliance with the requirements laid down in Parts One to Seven</i>”. Whereas, the granularity of information required under the “ITS on prudential disclosures on ESG risks in accordance with Article 449a CRR” departs from the usual level of granularity of Pillar 3 disclosures – it’s

Text	Issue	Explanation
		<i>more like a supervisory reporting and not like the “comparable information” for users / investors and the whole responsibility for collecting ESG data is imposed on banking sector.</i> The other example of “obligatory reporting like” disclosures are “NPE/FBE disclosures” – it’s doubtful that “mere mortals” would be interested in e.g. <i>credit quality of performing and non-performing exposures by past due days</i> as devised in EU CQ3 form. There is also a substantial amount of new deliverables under EBA’s mandates resulting from CRR3/CRD6 roadmap, which could have a significant impact on capital requirements – to name just the two: a) GL on proportionate diversification methods of “retail exposures” under Article 123 CRR given that the objective “granularity criterion” was not introduced in level 1 act, there is a potential risk of a future uneven playing field for the EU institutions resulting from a different application of the GL b) GL specifying the terms substantial cash deposits”, “financing ensured in an equivalent manner”, “significant portion of total contracts” and “appropriate amount of obligor-contributed equity” under Article 126a Late response within Q&A process resulting in uncertainty in interpretation of Level 1 regulations Another issue is the uncertainty in interpretation of Level 1 regulations which results from late response during EBA’s Q&A process. Question ID no. 2021_5805 might be an example. The question regarding the application of the Article 49 CRR was submitted in April 2021, but as of the date of the analysis, EBA had not published a binding answer, which should take into account the European Commission answer. In this case, it is not possible to properly apply the Level 1 text with sufficient certainty. Lack of consistency in the application of some prudential regulations to groups of banks operating as IPS. There is a noticeable lack of consistency in the application of some prudential regulations to groups of banks operating as IPS. CRR indicates clearly that the Regulation applies in a manner proportionate to the nature, scale and complexity of the risks associated with an institution’s business model and activities. In terms of IPS business model is crucial as the regulations changed not only the risk management process in single banks, but also affected the associations. In case of IPS Article 8 CRR allows to use waivers and derogation from the application of liquidity requirement on an individual basis <i>i.e.</i> members of IPS can fulfill the LCR and NSFR requirements on a consolidated situation of all institutions. This is vital because of the business model which assumes the functioning of an central institution for cooperative banks members of IPS. What is more some IPS groups according to Article 49 CRR are to meet together on a consolidated or extended aggregated basis the requirements laid down in Article 92 CRR, <i>i.e.</i> members of IPS must properly calculate own funds to the

Text	Issue	Explanation
		satisfaction of the competent authorities and this is annually verified by an external auditor and fulfill the CET1, Tier1 and TCR requirements. It is justified for IPS members to meet also the requirements of Art. 92 par. 1 (a)-(c) CRR on the individual basis, but in terms of (d) leverage ratio the business model, not only the risk level, determines the change of the indicator value.
CRR/ CRD EBA mandates Level 2, Level 3	Regulatory inflation; Mandate exceeded	Mandate on off-balance sheet items and unconditionally cancellable commitments: For unconditionally cancellable commitments, in its RTS project EBA relies on the same factors as those suggested by the Basel Committee (which used them to explain CCF's increase from 0% to 10%) to justify CCF's increase from 10% to 40%. This is an example of over-transposition on the one hand and contradicts the Level 1 text on the other (the mandate given in CRR3 does not pave the way for this change). • Mandate for regulatory reporting: In its draft RTS, EBA is calling for a fully loaded ratio to be published as early as 2025, i.e. without application of the transitional provisions that were decided by the co-legislators to last at least until the end of 2032 or even the end of 2036 for some. • Mandate for Prudent Assessment: EBA in its draft SDR goes beyond the mandate given to it by CRR3 to define an exceptional treatment allowing to reduce AVAs in exceptional circumstances. Indeed, the draft RTS also introduces provisions to promote a more harmonized application of the RTS. At the end of February 2024, the EBA published three consultations on RTS and ITS on Operational Risks in accordance with its mandates in the CRR. The EBA goes beyond its mandate on how to calculate the Financial Component. CRR3 which specifies that there is no preference between the application of the accounting approach and the prudential approach, the latter being available to institutions where appropriate. However, the EBA specifies in the draft RTS that the accounting method is the default approach, while the prudential approach may be used in derogations under certain conditions: approach applicable to all entities in the group if an entity decides to apply it, dossier to be established by each entity in the group and to be sent to the supervisor 90 days before it can be applied. The implementation of this prudential approach entails administrative burdens. This application for authorization must be renewed annually. Moreover, the timing of responses to these consultations is inconsistent. The EBA has set an expected return date of 21 May on the consultation on the Business Indicator while the return on regulatory reporting and pillar 3 was expected by 30 April. The building blocks of the Business Indicator have an impact on reporting. These three consultations should have been dealt with at the same time. Finally, the EBA requests elements for the calculation of the "Service Component" that are difficult to collect in the accounting statements. This is the case for the financial amounts of operational risk events that are otherwise

Text	Issue	Explanation
		tracked in specific regulatory statements as required by regulation.
CRR/CRD Level 3	Proportionality	Principle of proportionality – necessity to provide a specific solution taking into account the diversity of cooperative banking sector, including especially small non-complex cooperative banks. The principle of proportionality is strongly emphasized in the content of EU regulations, including the Regulation (EU) n° 575/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013. The principle of proportionality should be applied through, among others: taking into account both the scale and complexity of the institution, its systemic importance, the institution's geographic presence and the size of its operations, the institution's internal organization and financial structure. it is desirable that the principle of proportionality, defining the scope of exemptions for particular provisions of the law, be laid down at Level 1 of European legislation. The establishment of the detailed rules for the implementation of the principle of proportionality, should already take place at the level of the individual associations or IPSs, which, within the limits set by the law, will be best able to adapt these rules to the specificities of their operation. Indeed, the law, as well as the guidelines, apply to both large corporations and small local banks. Each bank is different, operating in a different territory, with a different range of services offered. It is impossible to create regulations that are tailored to each of them. Examples of EU regulations to which the principle of proportionality has not been properly applied. Guidelines on the assessment of the suitability of members of the management body and key function holders EBA/GL/2021/06 ESMA35-36-2319 July 2, 2021, which significantly influenced the selection of staff of the supervisory body in small and non-complex institutions referred. Guidelines on sound remuneration policy under Directive 2013/36/EU EBA/GL/2021/04 of 2 July 2021 - i.e., applying remuneration policy within the scope of variable remuneration components to persons taking an independent position in compliance/risk functions in small non-complex institutions - where only the members of the management board have a significant impact on the functioning of the institution. Therefore, it shall emphasized that the policy within the scope of variable remuneration components applies only to members of the management board. EBA/GL2022/14 - Guidelines issued on the basis of Article 84 (6) of Directive 2013/36/EU specifying criteria for the identification, evaluation, management and mitigation of the risks arising from potential changes in interest rates and of the assessment and monitoring of credit

Text	Issue	Explanation
		spread risk, of institutions' non-trading book activities. In accordance with the principle of proportionality, the regulations provide a simplified standard method for measuring interest rate risk. This method is dedicated to small and non-complex institutions. However, considering the size of certain cooperative banks, even the simplified method is too complicated and imposes obligations that are disproportionate to the risk.
DAC7 / CESOP	Overstepping mandate Overlapping requirements	As of January 1, 2024, banks and other PSPs are obliged to report details of cross border payment transactions to EU tax authorities (CESOP, Central Electronic System on Payment information). This reporting obligation follows from Directive 2020/284. The purpose of CESOP is combatting VAT fraud that could be committed by certain suppliers of e-commerce services. Banks and PSPs should however report all cross border transactions (threshold 25 payments per calendar quarter) for this purpose. The obligation thus reaches much further. In fact, most transactions that are reported have nothing to do with e-commerce services for which VAT is not yet paid. Next to that, another EU initiative has resulted in a reporting obligation for platforms to combat e-commerce VAT fraud too (DAC7). In our view, DAC7 and CESOP result in unnecessary reporting obligations that are overshooting the mark.
DORA interaction with Level 3 (EBA GLs on ICT and security risk management providing details on certain provisions of Directive 2013/36/EU (CRD) and Directive 2015/2366/EU (DSP2) and the EBA Outsourcing GLs)	Overlapping requirements; temporal articulation	ICT Risk, Resilience and Third-Party Management (Outsourcing) Regulation: articulation between DORA and EBA Guidelines In the area of ICT risk and outsourcing: prior to the entry into force of DORA in 2023, with a deadline for compliance until January 2025, the EBA had published in 2019 the EBA GLs on ICT and security risk management providing details on certain provisions of Directive 2013/36/EU (CRD) and Directive 2015/2366/EU (DSP2) and the EBA Outsourcing GLs 2010 9 which come under soft law. However, the supervisory checks are still based on these ABB GLs. This therefore leads to the maintenance of different repositories, methods and tools. The compliance costs are therefore very high and at the expense of creating value for customers. In addition, in terms of substance, this leads to the existence of several regulatory reports for IT risks: currently, there are already three types of reports (2 incident reports and a register for outsourcing). In the future, the DORA regulation will add three new reports which take over elements of the reports already existing but do not replace them. A total of 6 different reports will have to be carried out by the banks on the same subject.
EMIR Level 2		In 2019 EMIR Refit has introduced mandatory delegated reporting of OTC derivatives entered into by non-financial counterparties below the clearing threshold to the financial counterparty they transact with. Due to the drafting of the requirements, derivatives entered into by the same counterparties that do not constitute OTC derivatives, so

Text	Issue	Explanation
		exchange traded derivatives are not subject to the same delegation mechanism. This dual approach is not efficient as both transaction types can occur in parallel, but due to the split in reporting responsibility require different documentation and processes. Also under EMIR, the various types of participants/products are not properly considered and distinguished. <i>E.g.</i>, clearing members are required to offer all their clients the option between an omnibus or individually segregated account at the CCP, while for retail and NFC that offer does not make sense, as the cost of an individually segregated account will outweigh the profits of their limited portfolio on exchange traded derivatives.
EMIR / CRD Level 1	Incoherence	References to regulations or directives that have been repealed or replaced. For instance, EMIR article 1(5), refers to “<i>multilateral development banks, as listed under Section 4.2 of Part 1 of Annex VI to Directive 2006/48/EC</i>” (CRD III), which has meanwhile been repealed by CRD IV with corresponding provisions being place in CRD IV and CRR. The transposition/correlation tables are useful at the point of repeal, but after subsequent amendments to the replacing legislative pieces, it can become opaque what should be captured by the reference to the repealed legislation.
EMIR Refit Level 1 and 2	Incoherence	Reference to “non-financial counterparties as referred to in Article 10 of EMIR”. Prior to EMIR Refit those references meant NFCs acting above the clearing threshold (NFC+), but since EMIR Refit, article 10 refers to NFCs in general, so technically those references now cover NFC+ but also non-financial counterparties acting below the clearing thresholds (NFC-), but that was not the intended by EMIR Refit.
Financial Reporting CRR Level 2	Overlapping requirements; Incoherence; Fragmentation (not applicable to parts of the industry)	The draft ITS provides the mapping of the BI components using FINREP template cells. It is designed for institutions reporting a full FINREP report. Many European banks report FINREP as data point or simplified approach users. A review of the mapping has shown that the majority of the reporting items referenced here cannot be reported by data point or simplified approach users on the basis of this mapping. Further, the consultation paper informs that: • “a list of typical items has been developed for each component of the BI, which were then mapped to their corresponding reporting cells in FINREP. This list of items is mainly based on the work carried out for the EBA Policy Advice on the Basel III Reform: Operational Risk”, and • “these draft ITS provide the references of the BI items to the FINREP items. Such references can be exact or, for certain BI items, approximate in reason of the adjustments to be done to the FINREP ones to reflect the qualifications envisaged by the CRR for the calculation of those BI items”.

Text	Issue	Explanation
		The draft ITS uses 101 different FINREP cells for the calculation of the BI. However, we note that: • In the list of FINREP items, 17 cell adjustments must be made in order to comply with ITS, by applying certain criteria (e.g., by selecting accounting entries linked to leased assets, interest earning/bearing assets, outsourcing fees paid for financial services, trading/non-trading gains/losses, operational risk events, etc.), • From these FINREP cells, nine are listed twice or three times in the ITS with different adjustments in the calculation, and • Several of the FINREP cells indicated in the ITS contain elements that the CRR regulation explicitly states that they should not be included in the calculation (e.g., administrative expenses, staff costs, depreciation, etc.). Thus, these proposed FINREP adjustments in the draft ITS make the calculation cumbersome and time-consuming and increases the risk of inaccuracies, whether by understating or overstating these figures.
Instant Payments Regulation	Undue burden	The Instant Payments Regulation, only 5 articles in a level 1 text without any associated lower-level texts, teaches us that this alone is no guarantee for properly implementable legislation. The IPR now 'solves' problems that no one considered a problem (except apparently the civil servants at the negotiating table), existing solutions were ignored in favour of new pan-European solutions yet to be developed (the VoP/CoP/IBAN Name Check), a scheme followed by the market (SCTinst) is being overruled on essential points and measures that provide effective consumer protection are suddenly at risk of being made impossible. Moreover, it introduced the IBAN/name check that is also taken up in the PSR/PSD3 proposal but with different timing and requirements, thus there is the possibility of a discrepancy in the timing of implementation.
CRD Level 3		Unintended consequence of the Directive 2019/878 mandate to EBA regarding interest rate risk to develop a standardised methodology and a simplified standardised methodology for small and non-complex institutions, resulting in a disruption of the balance of fair competition. The EBA/GL/2022/14 on IRRBB only states one cap when banks use internal models, to be specific, a 5-year cap for retail and non-financial wholesale non-maturity deposits that should be applied as an average to the full amount, core and non-core, of the cited non-maturity deposits. Under the standardized method, the RTS limits the average duration of the best class of the core component of non-maturity deposits to 5 years, and it requires to multiply by 0,8 the core component of the stable part of the non-maturity deposits in an increase shock scenario, meaning that the average duration is effectively of 4 years. This type of measure is also applied in a punitive way to retail to non-transactional non-maturity deposits and to

Text	Issue	Explanation
		wholesale non-financial non-maturity deposits. Therefore, while a bank with internal models can give loans with a maturity of more than 5 years funded with the best non-maturity deposits, a bank with the standardised method has to limit itself to 4 years loans. Under the simplified standardised methodology for small and non-complex institutions the end result is more punitive. In the increase of interest rates scenario, only 48,46%, for the retail transactional non-maturity deposits can be treated as core deposits, and the average durations of the standardised method apply, meaning that the average duration is effectively of 3 years. Therefore, while a bank with internal models can give loans with a maturity of more than 5 years funded with the best non-maturity deposits, a bank with the standardised method has to limit itself to 3 years loans. While the Directive mandates EBA to develop the methodologies for managing interest rate risk, it is unlikely that the aim of legislators was that small non-complex bank could only give loans at about half of the maturity of banks with internal models. Also with the standardised method, going from more than 5 years to not more than 4 years is a major change; a simple limit to 5 years for core deposits would have been more reasonable for promoting satisfactory internal methods while avoiding disruptions in competitiveness. Moreover, when deciding whether internal systems are satisfactory, the principle of proportionality is difficult to apply due to the methodological complexity, the wide scope of data needs, the need for senior quantitative personnel in several areas, or the investment in advanced IT systems for interest rate risk. These broad differences in deposit maturities are possible regardless of the real stability of banks' deposits, and they can significantly affect the banks' profitability and business models
IRRBB	Undue burden	EBA ITS on reporting (EBA/ITS/2023/03), EBA RTS on SOT (EBA/RTS/2022/10) With all the new regulatory efforts, it is important to consider that small institutions often adopt supervisory models and methods like the supervisory outlier tests for internal management purposes (no capacities for double modelling). This can have undesirable consequences, as the models currently in use are well developed, tested, understood, and well suited to the business models of small banks. Supervisory metrics are generally used to provide an initial assessment of the risk of institutions and, hence, are not suitable for IRRBB management. EBA ITS on reporting (EBA/ITS/2023/03) The high degree of detail and the specification of certain product breakdowns mean a new dimension in the management of interest rate risk for most institutions. Further – even if this dimension is already present, it does not yet exist in the specified form in any institution in Europe and that also does not lead to any improvements in the interest rate risk management. Furthermore, not even the Guidelines (EBA/GL/2022/14) specifically describe such a level of detail. This conveys the impression that the requirements of the Guidelines have been extended retrospectively

Text	Issue	Explanation
		through the draft ITS with regard to IRRBB reporting. Because of the level of detail of the templates, institutions have to develop a revised interest rate risk management system without any need for it from a business perspective. This runs counter to the principle of proportionality and undermines methodological freedom. The short implementation period in the context of the complexity and novelty of much of the information means that the established implementation chain from the technical concepts to the software implementation could not be adhered to. Too short implementation periods jeopardize the usual high-quality standards.
CSRBB Level 3	Undue burden	The Guidelines (EBA/GL/2022/14) seem to ignore solutions already existing and functioning in the market. The ex-ante product perimeter is too large, and the specified market credit spread might produce misleading management impulses.
SRMR, BRRD Level 3	Undue burden	The MREL policy reviewed and published annually by the Single Resolution Board is an example of a Level 3 text with provisions that add constraints to institutions. While the SRB initially relies on an existing legal basis (provisions of the BRRD Directive and/or the SRMR. Regulation), it nevertheless adds on this basis additional requests. This is in particular the case for the conditions imposed on the formulation of an application for an exemption from internal MREL, which are defined exhaustively by Article 12h of the SRMR. The latest version of the SRB's MREL policy encloses a dedicated annex adding significant additional documentation constraints for the formulation of such a waiver.
PSD2 Level 2 Level 3	Regulatory inflation; Fragmented implementation; Temporal articulation	The EC has recognized that the entire PSD2 file is not worth repeating in terms of the legislative and regulatory process followed. For example: a. PSD2 contains 11 mandates to the EBA (6 RTSs and 5 Guidelines), while the implementation also revealed the need for additional Opinions and even more level 3 texts. I The Single Rulebook tool now has more than 240 Q&As for PSD2 and the flow had still not dried up in 2023, even this year they sometimes still appear. The successor to PSD2, the PSR contains various provisions that come almost literally from the current RTS SCA & CSC. b. The PSD2 contains 21 Member State options that have resulted in varying country implementations, one of the reasons why a regulation (PSR) is now chosen. The fact that various supervisors are involved (in the Netherlands 4: AFM, DNB, AP and ACM, but the situation in other European countries is not much different) means that supervisory practice is fragmented and diverse - another reason for a regulation. to choose. Not a panacea, but an improvement. c. Discussion between the Dutch Central Bank (DNB) and the Authority on Personal Data (AP) over supervisory primacy (the Dutch legislator had initially also given DNB the supervision of privacy

Text	Issue	Explanation
		aspects) was the main reason PSD2 only came into effect in the Netherlands in February 2019 (instead of January 2018). This Dutch affair was later repeated at European level when the EBA clashed with the EDPB over the applicability of the data minimization principle (GDPR) to the dataset to be supplied as “account information” by banks to (regulated) financial institutions (PSD2 & RTS SCA). The two opposing views were expressed through respective Opinions. However, it was the AP that, as the only privacy regulator in Europe, wanted to see its own vision implemented by the Dutch banks (ACM and DNB withdrew their hands from it), the Dutch banks pragmatically found a solution for this, which resulted in a Dutch special compared to the rest of Europe – even less of a uniform single market. d. It was not only the Directive that led to different temporal articulation s: the provisions of the RTS SCA were only implemented in September. Effective 2019 in Europe. And here too, an exception was necessary, for online payment card transactions, for which the EBA elegantly offered the sector a one-year deferral of enforcement.
Retail Investment Strategy	Incoherence	Scoping of legislation is not always done taking into account the context of the regulation. For example, the proposals for legislative amendments as part of the Retail Investment Strategy are not consequently limited to retail investors. In some instances, it refers to retail investors and in other to investors. The interpretation could be that if in an article no limitation is made to retail investor, it will also include professional investors. Specific example is the cost disclosure. Under the MIFID quick fix cost disclosure requirements are alleviated in relation to professional investors. Now on the basis of the RIS MIFID proposals of the EC they could be reintroduced again.
Retail Investment Strategy, MiFID	Unnecessary complexity, Limitation/impairment of entrepreneurial freedom	Instead of providing better information and understanding to the retail client, the proposed RIS framework is leading to comprehensive obligations in terms of disclosure regimes. This over-regulation leads to the customer being overloaded with information, that retail clients cannot properly grasp. Value for Money: the ESAs shall elaborate delegated acts on benchmarks for the pricing of financial instruments. This kind of price regulation is very intrusive for the market.
RTS/ITS for liquidity management supervision		Introduction of the Additional Liquidity Monitoring Metrics in the ITS on Supervisory Reporting, and language contained in the LCR Regulation.
Sustainable Finance Framework (SFDR MiFID ESG, Taxonomy) SFDR level 2 MiFID level 2		Information to be provided to clients and asked from clients in the context of ESG is far too complicated and detailed. This is especially the case for retail clients. We refer especially to the disclosure as required in Level II in the SFDR and intake of sustainability preferences of clients in MIFID ESG, whereby the client has to decide on up to 20 options (first step: yes or no, second step: between lit. a), b), c) or no further specification; third step: In case of lit. a) and b) at least three categories of

Text	Issue	Explanation
		minimum proportion or no further specification respectively; in the case of lit. c) at least five PAIs or no further specification). In the case of investment advice with portfolio approach or portfolio management detailed ESG preferences come into conflict with the necessity to diversify the portfolio. Moreover, ESG preferences are added as level II (Commission Delegated Regulation 2021/1253) despite being essential elements that should have been stipulated in Level I. Adding sustainability preferences on Level II is not in line with Article 290 TFEU and statements from the Court of Justice. Simplification with regard to information to be provided to clients/ investors, is needed. Instead of an overload of technical information on sustainable financial products and underlying investments, it is better to work with sustainability labels. The obligatory questions to be asked to clients to assess their sustainability preferences related (questions relate to SFDR and Taxonomy) are often not understandable for them. To avoid these difficult questions, many clients indicate not to have sustainability preferences.
SSM	Undue burden; mandate exceeded	Example relating to the EBA 2025 Stress test The EBA announced that the results of the 2025 stress test, which will cover a period from 2025 to 2027, will display ratios established according to Basel IV standards which might however only be applicable in 2033, knowing in addition that certain transitional provisions may be extended and that others will be the subject of a review which could lead to their recasting. Calculating ratios which are not in force in a stress test is source of very important load for SSM financial institutions
SSM	Legal protection against decisions of the ECB	According to Article 24(1) Regulation (EU) n° 1024/2013 ("SSM Regulation") the ECB shall establish an Administrative Board of Review for the purposes of carrying out an internal administrative review of the decisions taken by the ECB in the exercise of the powers conferred on it by this Regulation after a request for review submitted in accordance with paragraph 5 of Article 24. Pursuant to Article 24(5) any natural or legal person may in the cases referred to in paragraph 1 request a review of a decision of the ECB under this Regulation which is addressed to that person or is of a direct and individual concern to that person. According to Article 24(8) a request for review pursuant to paragraph 5 shall not have suspensory effect if the Administrative Board of Review does not consider suspending the application of the contested decision. This provision constitutes a massive lack of legal protection for banks which are addressees of decisions of the ECB as – in general - in the national administrative procedure laws of the MS legal remedies against administrative acts shall have suspensory effect. Only in

Text	Issue	Explanation
		exceptional cases there is no suspensory effect. This basic approach should apply to ECB decisions, too.
Transaction reporting MIFIR, EMIR, SFTR and MMSR\Level 2, Level 3	Undue burden; Overlapping requirements	Based on specific regulations, for transactions in financial instruments, multiple transaction reporting regimes are introduced in the European Union, particularly under MIFIR, EMIR, SFTR and MMSR. The reporting requirements are partly similar/ overlapping and partly different. The specific requirements can be found in level 2 regulations and guidances / Q & A of the ESAs. Over the years the reporting requirements have become more and more detailed. It is a huge effort to comply with all these detailed requirements.
Directive MIFID II and Delegated Act (2017/593) dated 7 April 2016	Investment research funding/Inducements	ESMA has gone much further than its initial mandate by introducing in 2018 precise and binding rules on the funding of research by asset managers. The regulatory hook was that of inducements and was only aimed at portfolio management. This is investment research funding which is not only in discretionary portfolio management but also for fund managers. At the time, this destabilised the entire sector and put an end to a relatively mutualised financing method that made it possible to finance research on small and midcaps by large asset managers, via a system of pooling research costs. The consequences as expected were disastrous and the EU legislator addressed the issue perhaps with delay via a new level 1 text (to facilitate the research for small and mid-caps), called "quick fix" (Directive (EU) n° 2021/338) dated 16 February 2021. Amendments to the research requirements have allowed firms to bundle costs for research and execution with respect to small and mid-cap issuers whose market capitalisation does not exceed EUR 1 billion under certain conditions.
SSM Regulation (EU) N° 1024/2013	Lack of legal recourse against decisions of the ECB	The Regulation foresees that the ECB shall establish an Administrative Board of Review for the purposes of conducting an internal administrative review of the decisions taken by the ECB. Any natural or legal person may request a review of a decision which is addressed or is of a direct and individual concern to that person. According to Article 24(8) a request for review pursuant to paragraph 5 shall not have suspensory effect if the Administrative Board of Review does not consider suspending the application of the contested decision. This constitutes a massive lack of legal protection for banks which are addressees of decisions of the ECB as – in general - in the national administrative procedure laws of the MS legal remedies against administrative acts shall have suspensory effect. Only in exceptional cases there is no suspensory effect.

Annexe 5 : Focus sur la finance durable

Isabelle LOUIS et Pauline HASCOËT

L'accélération de l'inflation des textes européens, et ses conséquences en termes de complexité peuvent être illustrées en matière de « durabilité ».

L'UE a adopté et initié plusieurs directives dans ce domaine. Ce corpus réglementaire a pour but de créer un cadre juridique favorable et harmonisé à l'orientation des capitaux vers les activités durables de l'Union, l'intégration de la durabilité dans la gestion des risques et la promotion de la transparence et de la vision à long terme.

Cependant, le cadre législatif dans son ensemble est extrêmement complexe, étant composé de textes qui proposent parfois des définitions différentes, varient dans leur calendrier de mise en œuvre et établissent des obligations redondantes. Le cadre général est donc extrêmement difficile à comprendre et à appliquer.

A ce jour le plan européen « Financer la croissance durable » a débouché sur sept instruments juridiques clés : le règlement taxonomie, le règlement SFDR, la directive CSRD, le règlement sur les indices de référence climatique, le règlement sur les obligations vertes européennes et diverses règles ESG dans la directive MIF 2 et le paquet bancaire CRR 3 / CRD VI. Certains d'entre eux sont déjà en vigueur (et sujets à révision dans le cas du règlement SFDR niveaux 1 et 2) tandis que d'autres sont toujours en cours de négociation ou dans l'attente de la publication de textes de niveau 2 ou de recommandations de niveau 3.

Cet ensemble de règles sur la finance durable est complété par des obligations supplémentaires en matière de vigilance et, par exemple, de textes de droit environnemental (paquet « Fit for 55 »), qui intègrent les services financiers et/ou annoncent leur inclusion dans le champ d'application de textes en questions (à savoir, la directive sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité, le règlement contre la déforestation, la directive sur la performance énergétique des bâtiments, la directive sur le crédit hypothécaire, qui pourrait introduire des dispositions sur les prêts hypothécaires verts).

La complexité du cadre réglementaire pose des problèmes d'interprétation et de mise en œuvre, donc des risques juridiques et des coûts injustifiés. Cela vaut également pour les actes de niveau 2, - par exemple, les préférences en matière de durabilité prévues par la MiFID se sont révélées inefficaces, voire contre-productives, pour les investisseurs de détail (voir les exemples à l'annexe 4) ; les normes européennes d'information en matière de durabilité (ESRS) élaborées par l'EFRAG conformément au mandat de la CSRD sont extrêmement complexes et fastidieuses.

En outre, les parties prenantes ont souligné les problèmes liés au séquençage des différents textes. La livraison souvent tardive de la législation de niveau 2, des FAQ et des orientations attendues fait qu'il est difficile pour les acteurs du marché de comprendre et d'appliquer correctement les exigences réglementaires pertinentes d'une manière qui n'induit pas une charge et une bureaucratie injustifiées.

En ce qui concerne les instances européennes de surveillance, chacune d'entre elles a produit un plan d'action et de priorités réglementaires en matière de durabilité, très élaboré et précis, impliquant de nombreuses publications techniques, parfois émises en plusieurs versions successives (notamment RTS) rendant instable leur appréhension puis leur application.

- A titre d'exemple, l'AEMF identifie trois priorités pour ses activités de finance durable sur la période 2022-2024 : 1. Lutter contre l'écoblanchiment et promouvoir la transparence ; 2. Renforcer les capacités des autorités nationales compétentes (ANC) et de l'AEMF (programme de formation pluriannuel, partage actif des expériences de supervision entre les ANC...) ; 3. Suivre, évaluer et analyser les marchés et les risques ESG. L'AEMF entend répondre à ses priorités par une liste exhaustive d'actions et de publications dans les domaines suivants : la gestion des investissements, les services d'investissement, l'information des émetteurs et la gouvernance, les indices de référence, les notations de crédit prenant en compte l'ESG, la négociation et le post-marché ainsi que l'innovation financière.
- L'EBA de la même manière s'est engagée sur un plan d'intervention réglementaire conséquent. Sans être exhaustif, on peut citer :
 - o Au titre du Règlement CRR2 et de la Directive CRD5, l'EBA doit évaluer l'inclusion potentielle des risques ESG dans le processus de surveillance et d'évaluation prudentielle (SREP) – Pilier 2 ; élaborer une norme technique relative à l'information des risques ESG – Pilier 3 ; et évaluer les éventuelles modalités d'inclusion des risques ESG dans les exigences de fonds propres au titre du Pilier 1.
 - o Au titre des propositions législatives CRR3/CRD6, l'EBA a reçu notamment les mandats suivants :
 - L'article 87a (CRD6) demanderait à l'EBA de préciser les critères d'évaluation des risques ESG, y compris la manière dont ils doivent être identifiés, mesurés, gérés et surveillés, ainsi que la manière dont les établissements de crédit doivent élaborer des plans d'action pour faire face aux risques ESG, procéder à des tests de résistance internes et déterminer les impacts négatifs à long terme de ces risques ;
 - L'article 98 (CRD6) habiliterait l'EBA à publier des orientations sur la prise en compte des risques ESG dans le SREP ;
 - L'article 100 (CRD6) permettrait à l'EBA, en collaboration avec les autres ESAs, d'élaborer des normes communes relatives aux exercices de *stress test* sur les risques ESG ;
 - L'article 434 bis (CRR3) étendrait le mandat de l'EBA afin de développer des normes techniques d'exécution (ITS) concernant le contenu et le format du *reporting* des informations sur les risques ESG à soumettre par les petites et non complexes institutions aux autorités compétentes et en tenant compte du principe de proportionnalité. En conséquence, l'article 449 bis (CRR3) étend les obligations d'information sur les risques ESG à toutes les banques. Cela nécessitera des travaux supplémentaires sur les STI.

Du côté de la BCE, il convient de mentionner que le guide sur le risque climatique et environnemental couvre un très large éventail de sujets et contient de nombreuses recommandations et "expectations". Bien qu'elles soient censées être non contraignantes, ces recommandations peuvent en pratique être interprétées comme des mesures de surveillance, voire des exigences contraignantes applicables aux acteurs concernés. Le projet de guide révisé sur la gouvernance et la culture des risques inclue des points relatifs à la finance durable, notamment en matière de « bonnes pratiques », qui pourraient en pratique être considérées par la BCE comme des « attentes ».

Annexe 6 : Analyse de la jurisprudence de la CJUE et du Conseil d'Etat français en matière de *soft law* européenne

François BOUCARD et Daniela QUELHAS

En novembre 2017, la FBF a déposé une demande d'annulation d'un avis publié par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) émis le 8 septembre 2017, par lequel elle déclarait se conformer aux orientations de l'EBA relatives à la surveillance des produits et au régime de gouvernance des produits de banque de détail²³⁴. Les orientations en question importaient, dans le domaine des produits bancaires de détail (comptes, services de paiement, crédit hypothécaire, etc.), la notion de « gouvernance produit » applicable aux produits financiers régis par la directive MiFID 2²³⁵, notion que le législateur avait également étendue à la distribution d'assurance, via l'adoption de la directive sur la distribution d'assurance²³⁶. En particulier, la « gouvernance produit » fait référence aux procédures (dans le cadre des exigences organisationnelles pour les entreprises d'investissement) relatives à la conception, à la commercialisation et au suivi des produits tout au long de leur cycle de vie. Pour les producteurs, elle implique d'identifier le marché cible pertinent des clients finaux et de s'assurer que tous les risques pertinents pour ce marché cible identifié sont évalués, que la stratégie de distribution envisagée est cohérente avec ledit marché cible, de mettre en œuvre un processus d'approbation de chaque instrument financier avant qu'il ne soit commercialisé ou distribué aux clients, et d'examiner régulièrement les instruments financiers qu'il commercialise.

Les coûts de développement associés à la « gouvernance produits » sont évidemment élevés. Or, si ces exigences ont été introduites au niveau législatif en ce qui concerne les produits financiers et d'assurance, les actes de niveau 1 concernant les produits de banque de détail ne prévoyaient pas de telles obligations, la banque de détail ne comportant pas les mêmes types de risques. En outre, alors que les entreprises d'investissement disposaient de quelques années pour adapter leur organisation interne et leurs processus (la proposition MiFID 2 a été publiée en 2012, la directive a été publiée en mai 2014 et son entrée en vigueur, initialement prévue pour janvier 2016, a été reportée à janvier 2018), les orientations de l'EBA concernant les produits de banque de détail ont été publiées en mars 2016 avec une date de mise en œuvre fixée à janvier 2017.

Parce que la jurisprudence du Conseil d'Etat avait déjà pu juger de la recevabilité des recours formés contre des actes de droit souple²³⁷, c'est favorablement qu'il a accueilli

²³⁴ Autorité Bancaire européenne, Orientations sur les modalités de gouvernance et de surveillance des produits bancaires de détail (GSP), ABE/GL/2015/18, 22/03/2016.

²³⁵ Directive 2014/65/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers et modifiant la directive 2002/92/CE et la directive 2011/61/UE.

²³⁶ Directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances.

²³⁷ CE, 21 mars 2016, *Sté Fairvesta International GmbH et a.*, n° 368082. Le CE y énonce notamment que : « *Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés 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*

le recours formé contre l'avis de l'ACPR relatif aux orientations de l'ABE, ouvrant ainsi la possibilité de saisir la CJUE à titre préjudiciel (sous réserve qu'il existe un doute raisonnable quant à l'application du droit de l'UE). Trois questions préjudicielles ont alors été adressées par la haute cour administrative à la CJUE²³⁸.

Dans l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel sur cette affaire *FBF c. ACPR*²³⁹, la CJUE a jugé que des actes de droit souple tels que les orientations de l'EBA relevaient bien de sa compétence. Malheureusement, la Cour n'a pas suivi les conclusions de l'avocat général Bobek²⁴⁰, jugeant que les orientations ne peuvent faire l'objet d'un recours en annulation direct au titre de l'article 263 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), dès lors qu'elles ne peuvent être considérées comme produisant des effets juridiques obligatoires à l'égard des établissements.

Toutefois, la Cour de justice s'est déclarée compétente pour statuer à titre préjudiciel sur la validité des orientations, en vertu de l'article 267 TFUE. En revanche elle a jugé que les orientations contestées avaient été adoptées dans la limite des compétences de l'EBA, soulignant que le règlement (UE) n° 1093/2010 fournit un cadre précis pour le pouvoir de l'EBA d'émettre des orientations, sur la base de critères objectifs : *« admettre que l'ABE puisse librement émettre des orientations, indépendamment du cadre spécifique établi par le législateur de l'Union, serait de nature à porter atteinte à la répartition des compétences entre les institutions, organes et organismes de l'Union européenne »*. Aussi sur le fond, la CJUE a estimé que les orientations litigieuses relevaient bien du pouvoir de l'EBA l'habilitant à émettre des orientations concernant les obligations de surveillance prudentielle incombant aux établissements, en application des actes visés par l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 1093/2010, ou d'autres actes jugés nécessaires pour en assurer application cohérente et efficace.

C'est pourquoi, dans un arrêt du 21 décembre 2021²⁴¹, le Conseil d'État a rejeté le recours contre l'avis de l'ACPR du 8 septembre 2017, rappelant que les orientations n'ont pas d'effets juridiquement contraignants vis-à-vis des institutions financières. S'agissant de l'avis de l'ACPR, le Conseil d'Etat relève qu'il incite les établissements financiers à modifier substantiellement leurs pratiques, justifiant ainsi de la recevabilité du recours. Toutefois, l'avis de l'ACPR étant, tout comme les orientations, dépourvu d'effets juridiquement contraignants, le Conseil conclut que l'ACPR ne saurait être considérée comme ayant outrepassé son propre mandat lors de son adoption. Enfin, le Conseil d'Etat a estimé que la demande d'annulation n'élaborait pas suffisamment les éventuelles violations du droit national possiblement commises par l'ACPR via l'adoption de l'Avis attaqué.

censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, 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 ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'examiner les vices susceptibles d'affecter la légalité de ces actes en tenant compte de leur nature et de leurs caractéristiques, ainsi que du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ».

²³⁸ CE, 4 décembre 2019, *FBF c. ACPR*, n° 415550.

²³⁹ CJEU, 15 juillet 2021, *FBF c. ACPR*, Aff. C911/19.

²⁴⁰ Conclusions de l'avocat général Bobek dans l'affaire C-911/19, *Fédération bancaire française (FBF) c. Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)*, 15 avril 2021.

²⁴¹ CE, 21 décembre 2021, *FBF c. ACPR*, n° 415550.

Plus récemment, la FBF, le Crédit Agricole et l'ASF ont également sollicité l'annulation d'une notice de l'ACPR du 18 décembre 2020, par laquelle celle-ci a déclaré se conformer partiellement aux orientations de l'EBA du 29 mai 2020 en matière d'origination et de suivi des prêts²⁴². La requête demandait également au Conseil d'État de saisir la CJUE de diverses questions relatives à la validité des orientations, dans lesquelles l'EBA demande notamment au prêteur de disposer d'une : « *vision unique et cohérente de l'ensemble des actifs et passifs d'un client détenus auprès d'un établissement ou d'un prêteur sur une base consolidée, y compris des informations relatives à l'ensemble des engagements financiers, ainsi que leurs historiques de remboursement auprès de l'établissement ou du prêteur* » (§ 90 et 247). Or, si un même client détient des avoirs dans des entités juridiquement distinctes d'un même groupe bancaire (que ce soit dans une autre institution du même groupe ou dans une filiale d'assurance ou de gestion d'actifs) les dispositions françaises en matière de secret professionnel interdisent à l'établissement prêteur de se conformer aux orientations. Bien que l'ACPR ait précisé que sa décision de se conformer aux orientations ne s'étend pas à ces paragraphes, elle réserve le bénéfice de cette non-conformité partielle aux établissements moins importants, placés sous sa supervision directe, et en exclut les établissements importants sous supervision directe de la BCE.

Une autre difficulté concerne les prescriptions relatives aux informations et données à prendre en compte pour l'étude de solvabilité du client préalablement à l'octroi d'un crédit. L'annexe II des orientations donne une liste exhaustive des informations et documents à recueillir auprès du candidat à l'emprunt. Les orientations mentionnent un principe général de proportionnalité, mais qui ne s'applique pas à l'annexe II, qui n'est pas visée. Alors que le législateur européen, que ce soit dans les directives successives relatives aux contrats de crédit aux consommateurs ou dans la directive 2014/17 relative au crédit immobilier²⁴³, a laissé le soin au prêteur d'apprécier les éléments à prendre en compte dans le cadre de l'étude de solvabilité, l'EBA vient ajouter, sans base légale, des prescriptions nouvelles qui s'appliquent uniformément à des situations objectivement très différentes (crédit pour l'achat d'une résidence principale ou pour l'achat d'un aspirateur).

Dans un arrêt du 22 juillet 2022²⁴⁴, le Conseil d'État a jugé qu'il n'y avait pas lieu de saisir la CJUE des questions soulevées par les requérantes, considérant qu'il résultait de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2021, que les orientations n'ont pas d'effet contraignant, l'EBA n'ayant que le pouvoir d'encourager. Il est à noter que le Conseil d'État s'est abstenu de citer le point 70 de l'arrêt de la CJUE par lequel la Cour a précisé que le respect des orientations peut être pris en compte dans le cadre de l'examen de la situation individuelle des établissements de crédit.

Le Conseil d'État a ensuite rappelé que les orientations litigieuses « *doivent être mises en œuvre de manière proportionnée, en tenant compte des différents types de risques pouvant survenir dans la gouvernance interne des établissements de crédit, dans les procédures d'octroi de prêts et dans l'évaluation des biens immobiliers et mobiliers servant de garantie à une facilité de crédit* ». Ainsi, nonobstant leur caractère non

²⁴² Autorité Bancaire européenne, Orientations sur l'octroi et le suivi des prêts, EBA/GL/2020/06, 29 mai 2020.

²⁴³ 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 et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) no 1093/2010.

²⁴⁴ CE, 22 juillet 2022, *FBF c. ACPR*, n° 449898.

contraignant, l'application des orientations doit se faire au cas par cas, et de manière proportionnée aux « types de risques » susceptibles de survenir.

De manière assez surprenante, le Conseil d'État soutient ensuite que les établissements financiers sont les destinataires directs des orientations des AES, qu'ils sont censés tout mettre en œuvre pour s'y conformer, indépendamment de l'existence de toute déclaration de (non) conformité (partielle) aux orientations, émise par leur autorité compétente nationale ou par la Banque centrale européenne (BCE). En d'autres termes, le Conseil d'État semble admettre que les actes émis par l'ACPR pour exprimer sa volonté de se conformer (totalement ou partiellement) aux orientations de l'EBA n'ont pas d'effets juridiques à l'égard des établissements financiers, ce qui est la condition *sine qua non* pour que toute action en justice intentée à leur encontre soit recevable. Par conséquent, le Conseil d'État est en contradiction avec sa propre jurisprudence²⁴⁵ : si de tels instruments de l'ACPR sont aujourd'hui considérés comme « transparents » en termes d'effets juridiques à l'égard des établissements financiers, pourquoi une action en justice intentée à leur encontre serait-elle recevable ?

S'agissant de la légalité des orientations elles-mêmes, le Conseil d'État a considéré que cette question ne soulevait pas de difficulté suffisante pour justifier une saisine de la CJUE. Après avoir rappelé que l'adoption d'orientations relevait de la compétence et du champ d'action de l'EBA, il a précisé que les orientations litigieuses n'étaient pas impératives et que, en tout état de cause, leur mise en œuvre devait être proportionnée. Ce faisant, le Conseil d'État indique que c'est parce que les orientations sont formellement non contraignantes, et que leur mise en œuvre se fait « au cas par cas », qu'elles sont jugées valides au regard du droit de l'Union.

²⁴⁵ CE, 21 décembre 2021, *FBF c. ACPR*, n° 415550.

Bibliographie

F. Annunziata, "The Remains of the Day: EU Financial Agencies, Soft Law and the Relics of Meroni", novembre 2021, *European Banking Institute Working Paper Series* 2021, n° 106, 2021.

Th. Bonneau, « Le juge, l'ABE, la cryptolégislation et l'Etat de droit », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, juillet-août 2021, repère 4.

Th. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant, 6^e éd., 2022.

A. Gourio et M. Gillouard, « Autorité bancaire européenne - La CJUE entérine la fuite vers le droit souple », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 5, septembre-octobre 2021, comm. 141.

P. Hubkova, "Judicial review of EU soft law: a revolutionary step which has not fully happened (Case note on BT v. Balgarska Narodna Banka, C-501/18)", *Revista General de Derecho Europeo*, p. 174.

E. Jouffin, « Arrêt du Conseil d'État du 22 juillet 2022 sur les orientations EBA du 29 mai 2020 relatives à l'octroi et au suivi des prêts : comprenne qui pourra... », *Banque et droit* sept.-oct. 2022, n° 205, p. 56.

H. Marjosola, M. van Rijsbergen et M. Scholten, "How to exhort and to persuade with(out legal) force: Challenging soft law after FBF", *Common Market Law Review* 2022, p. 1523.

D. Quelhas, "The relative normativity of European Supervisory Authorities' guidelines and their judicial review– A look at the FBF v. ACPR Case before the CJEU", *RISF/IJFS* 2021/4, p. 100.

D. Quelhas, "The hazards of ESAs guidelines judicial review: direct applicability of the EBA guidelines and the position of the French Conseil d'Etat" by Daniela Quelhas, *EU Law Live* 19 sept. 2022.

D. Quelhas, "The EBA guidelines on retail banking products' saga learnings from an attempt at European Supervisory Authorities guidelines' judicial review", *EU Law Live*, Weekend Edition, 23 avril 2022, n°97.

D. Quelhas, "EBA recommendations' referability and limited invocability, the difficult road towards EU soft law judicial review A look at the BT v. BNB case", *International Journal for Financial Services (IJFS)*, Jan 1, 2023.

A.-C. Rouaud, « L'arrêt du Conseil d'État relatif aux orientations de l'ABE sur l'octroi et le suivi des prêts : un pas en arrière concernant la justiciabilité des actes de droit souple des Autorités européennes de surveillance ? CE, 9e – 10e ch. réunies, 22 juillet 2022, n° 449898, FBF, ASF et CASA c. ACPR », *Rev. juridique de la Sorbonne* déc. 2022, n° 6, p. 40, <https://irjs.pantheonsorbonne.fr/revue-juridique-sorbonne-ndeg6>.

A.-C. Rouaud et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, LexisNexis, 10e éd., 2023.

Th. Samin et S. Torck, « Les orientations de l'ABE sur la gouvernance des produits bancaires de détail devant la CJUE : une validation au forceps », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 5, septembre-octobre 2021, comm. 122.

Annexe 7 : Propositions de modifications des règlements instituant les ESAs pour renforcer la prise en compte, par les Autorités, des impacts de leur activité sur la compétitivité internationale de l'UE

Daniela QUELHAS et Elisabeth DELAHOUSSE

L'actuel considérant 13 du préambule des règlements instituant les ESAs est rédigé de la manière suivante

“L'Autorité devrait tenir dûment compte de la répercussion de ses activités sur la concurrence et l'innovation sur le marché intérieur, la compétitivité globale de l'Union, l'inclusion financière et la nouvelle stratégie de l'Union en matière d'emploi et de croissance”.

On peut aussi souligner qu'il est indiqué dans le corps du règlement :

« L'Autorité a pour objectif de protéger l'intérêt public en contribuant à la stabilité et à l'efficacité à court terme du système foncier, pour l'économie de l'Union, de ses citoyens et ses entreprises ».... L'Autorité ...contribue à ...favoriser des conditions de concurrence égales ».

L'exercice par les ESAs de leurs missions et tâches doit être mené à la lumière de ces dispositions, qui pourraient être complétées pour refléter les préoccupations et travaux récents des institutions de l'Union en la matière, parmi lesquels on dénombre, entre autres travaux :

- Les orientations dégagées par la Commission dans sa communication du 16 mars 2023 intitulée : « La compétitivité à long terme de l'UE : se projeter au-delà de 2030 » ;
- Les conclusions du Conseil européen des 17 et 18 avril 2024, relatives au *“Nouveau pacte pour la compétitivité européenne.”*

Tirant parti de ces travaux et des récents rapports dédiés à la compétitivité de l'industrie de l'Union par ailleurs évoqués dans le présent rapport, les éléments suivants seraient ajoutés à l'actuel considérant 13, commun aux trois règlements des ESAs:

“En particulier, l'Autorité devrait tenir compte des principes dégagés par le Conseil européen et la Commission lorsqu'elle mettra en place le « recueil réglementaire unique ». Les orientations dégagées par la Commission dans sa communication du 16 mars 2023 intitulée : « La compétitivité à long terme de l'UE : se projeter au-delà de 2030 », visant à assurer l'attractivité de l'Union et le maintien de sa position dans l'économie mondiale, devraient être suivies par l'Autorité. La Commission affirme notamment l'importance d'un cadre réglementaire propice à la croissance, reposant sur la mise en place d'un nouveau contrôle de la compétitivité. Ce contrôle garantirait que les analyses d'impact des propositions législatives intègrent les effets attendus de chaque

proposition sur la compétitivité des prix et des coûts, sur la compétitivité internationale et la capacité d'innovation. La Commission réaffirme également la nécessité de mieux évaluer les effets cumulés des différentes mesures prises au niveau de l'UE en vue d'élaborer une méthodologie, en insistant par exemple sur l'approche « un ajout, un retrait » qui vise à éviter des charges inutiles en faisant en sorte que les coûts administratifs induits, par exemple, par les obligations d'information soient compensés dans le même domaine d'action. L'Autorité devrait s'inscrire également dans les pas de la Commission, en examinant activement « le recueil réglementaire unique » pour déterminer si celui-ci est adapté à sa finalité et est plus propice à l'innovation. Dans le même esprit, l'Autorité devrait tenir compte des conclusions du Conseil européen des 17 et 18 avril 2024, relatives au « nouveau pacte pour la compétitivité européenne », qui invitent à réduire considérablement la charge administrative et réglementaire qui pèse sur les entreprises et les autorités nationales, à éviter une réglementation excessive et à veiller à l'application des règles de l'UE, et soulignent l'importance d'une mise en œuvre correcte et en temps utile de la législation de l'UE par les États membres, en évitant la surtransposition. Un comité réglementation devrait être mis en place par l'Autorité, afin d'examiner si le recueil réglementaire unique respecte l'objectif de croissance et de compétitivité, les progrès accomplis et ce que la mise en œuvre de cet objectif de compétitivité pourrait signifier pour le secteur des services financiers dans l'Union. A cette fin le Comité devrait examiner l'équilibre entre les objectifs de stabilité financière, d'harmonisation de la réglementation et de compétitivité, et déterminer dans quelle mesure l'Autorité a consulté efficacement l'industrie en ce qui concerne cet objectif secondaire de croissance et de compétitivité. Il devrait déterminer également comment l'Autorité pourrait s'appuyer sur des exemples de politiques de réglementation d'autres administrations pour favoriser la mise en œuvre de cet objectif de compétitivité et de croissance. Le comité devrait publier ses conclusions dans un rapport annuel qui devrait être rendu public et dont les conclusions devraient être présentées au cours d'auditions annuelles devant le Parlement européen ».

En outre, la compétitivité pourrait être évoquée de façon plus précise dans le corps du règlement A l'article 1(5)¹⁸⁶ du règlement des ESAs, un nouveau sous-paragraphe pourrait ainsi être ajouté :

“ (*) promouvoir et soutenir la compétitivité des marchés financiers.”

Aussi, à l'article 8, paragraphe 3 des règlements instituant les ESAs, relatif aux Tâches et compétences de l'Autorité, l'insertion d'un alinéa 3 est proposée :

« Pour l'exécution des actes énumérés au paragraphe 2, l'Autorité assure un contrôle de la compétitivité desdits actes, afin de faciliter :

- a. la compétitivité internationale de l'économie de l'Union européenne (y compris, en particulier, le secteur des services financiers), et***
- b. sa croissance à moyen et long terme ».***

Annexe 8 : Propositions pour améliorer le processus de consultation

Elisabeth ROUSSEAU

Le processus d'adoption des textes de niveau 2 et 3 encore trop opaque, ne permet ni la participation suffisante des parties intéressées par les textes en cause, ni in fine la prise en compte des objections légitimes qu'elles pourraient formuler.

La distance prise par les institutions et/ou agences de l'Union vis-à-vis des opérateurs concernés, si elle constitue un gage d'indépendance, ne permet pas d'échanger sereinement sur les impacts des propositions, générant ainsi de nombreuses difficultés et incompréhensions.

Une meilleure transparence dans l'élaboration des textes et un dialogue plus ouvert avec les acteurs concernés seraient donc souhaitables.

A cette fin, plusieurs pistes de réflexion pourraient être étudiées.

1. ELEMENTS DE REFLEXION

Pour appuyer et étayer cette réflexion, il a été relevé certains repères et principes de la réglementation européenne, en particulier dans le cadre des travaux sur « Better Regulation » (*lignes directrices et boîte à outil*) qui ont conduit la Commission elle-même, à exprimer des grands principes et des normes claires et explicites, sur l'intérêt et les caractéristiques des consultations publiques.

Depuis longtemps en effet, la Commission affiche une volonté clairement exprimée d'améliorer les processus des consultations publiques.

A) Communication de 2002 de la Commission Européenne

Dans la communication de 2002 de la Commission Européenne intitulée :

Communication de la Commission - Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées /* COM/2002/0704 final */²⁴⁶

Il est très intéressant de relever les objectifs, les principes et les normes, qu'elle se donne et dont elle se dote en matière de consultation au titre d'un « plan d'action pour une meilleure réglementation » et pour une nouvelle approche en matière d'évaluation de l'impact.

Les principaux objectifs que se donne ici la Commission en matière de consultation publique consistent à :

- Inciter les parties concernées à participer davantage grâce à un processus de **consultation plus transparent**, qui renforcera l'obligation de rendre compte incombant à la Commission.

²⁴⁶ [EUR-Lex - 52002DC0704 - FR \(europa.eu\)](#)

- Définir des **normes et des principes généraux** permettant à la **Commission de rationaliser ses procédures de consultation** et de les mener à bien de **façon pertinente et systématique**.
- Mettre en place un cadre de consultation cohérent mais suffisamment souple pour tenir compte des exigences propres aux diverses catégories d'intérêts, ainsi que de la nécessité **d'élaborer des stratégies de consultation adéquates** pour chaque proposition de politique.
- Favoriser l'apprentissage mutuel et l'échange de bonnes pratiques au sein de la Commission.

La Commission met également en lumière dans cette communication, les principes généraux en matière de consultation :

- **La participation**
 - o *« La qualité [...] des politiques de l'Union dépend d'une large participation des citoyens à tous les stades, de la conception à la mise en œuvre des politiques ».*
- **L'ouverture et la responsabilité**
 - o *« Les institutions [européennes] devraient fonctionner de façon plus transparente [...] pour améliorer la confiance dans des institutions complexes... Chaque institution de l'UE doit expliquer son action au sein de l'Europe et en assumer la responsabilité ».*
- **L'efficacité**
 - o *« Les mesures doivent être efficaces et intervenir au bon moment ; elles doivent produire les résultats requis ».*

« Pour être efficace, la consultation doit être aussi précoce que possible. La participation des parties intéressées à l'élaboration d'une politique doit donc débuter au moment où celles-ci peuvent encore agir sur la définition des principaux objectifs, des méthodes de mise en œuvre, des indicateurs de performance et, le cas échéant, des premières grandes lignes de cette politique. Plusieurs phases de consultation peuvent être nécessaires.

La condition préalable à l'efficacité est le respect du principe de proportionnalité. La méthode et l'étendue de la consultation doivent donc toujours être proportionnées à l'impact de la proposition et doivent tenir compte de ses contraintes spécifiques ».
- **La cohérence**
 - o *« Les politiques menées et les actions entreprises doivent être cohérentes [...] La Commission veillera à la cohérence et à la transparence des consultations menées par ses services. Elle y inclura des mécanismes de retour d'informations, d'évaluation et d'analyse. Cela sera possible grâce à une coordination appropriée et à la présentation de rapports sur les activités de la Commission en faveur d'une « meilleure réglementation » ;*
 - o *« La Commission encourage les groupes d'intérêt à se doter de leurs propres mécanismes de suivi dans le but de tirer les enseignements de*

ce processus et de s'assurer de l'efficacité de leur contribution à un système transparent, ouvert et responsable ».

Cette communication édicte également des normes minimales sur les thèmes de :

- **la clarté de l'objet de la consultation**

- o *A noter en particulier les focus faits sur les éléments suivants :*

- *résumé du contexte, du champ et buts de la consultation, description des questions spécifiques ouvertes au débat ou de celles revêtant une importance particulière pour la Commission, informations détaillées sur les auditions, les réunions ou les conférences, coordonnées des personnes à contacter, délais, explication sur la manière dont la Commission traite les contributions, informations susceptibles d'être attendues en retour, détails des étapes suivantes de l'élaboration de la politique, références des documents pertinents non annexés.*

- **le groupe cible de la consultation,**

- o *A noter en particulier les focus faits sur les éléments suivants :*

- *Identification des cibles celles concernées, de celles participant à la mise en œuvre, de tout organisme qui, par ses objectifs notoires, a un intérêt direct en tenant compte de l'impact global dans d'autres domaines d'action ou des consommateurs et le cas échéant prise en compte de la nécessité d'une expérience, d'une expertise ou de connaissances techniques spécifiques, de la nécessité d'associer, des intérêts non organisés, de reprendre les contributions des participants lors de consultations précédentes, de la nécessité de maintenir un juste équilibre entre les représentants. Le cas échéant, la Commission encourage les contributions de parties intéressées organisées au niveau européen.*
 - *Lorsqu'il existe déjà un organe de consultation formel ou structuré, la Commission doit veiller à ce que sa composition reflète fidèlement le secteur représenté. Si ce n'est pas le cas, elle doit déterminer comment s'assurer que les intérêts en jeu sont pris en considération (par exemple, dans le cadre d'autres formes de consultation).*

- **la publication**

- o *A noter en particulier les focus faits sur les éléments suivants :*

- *assurer une publicité adéquate à des fins de sensibilisation et adapter ses moyens de communication aux besoins du public cible.*
 - *point d'accès unique à la consultation avec l'ensemble des informations et les documents pertinents.*

- **les délais de participation**

- o A noter en particulier les focus faits sur les éléments suivants :

- prévoir un délai suffisant pour l'organisation et la réception des réponses aux invitations et des contributions écrites. (au moins 8 semaines pour la réception des réponses aux consultations publiques écrites, ainsi qu'un préavis de 20 jours ouvrables pour les réunions).
 - Un délai de consultation supérieur à huit semaines peut s'avérer nécessaire (pour tenir compte : de la nécessité, pour les organisations européennes ou nationales, de consulter leurs membres afin de présenter un point de vue consolidé, de la spécificité d'une proposition donnée, de la diversité des parties intéressées, de la complexité du problème examiné, des principales périodes de congés.)

- **accusé de réception et retour d'informations**

- o A noter en particulier les focus faits sur les éléments suivants :

- Un accusé de réception des contributions doit être fourni. Les résultats de la consultation publique ouverte doivent être diffusés.
 - En fonction du nombre des contributions reçues et des ressources disponibles, l'accusé de réception peut revêtir la forme :
 - d'une réponse individuelle
 - d'une réponse collective
 - Les contributions sont analysées attentivement afin de déterminer s'il convient - et dans quelle mesure - de tenir compte de ces. Elles sont publiées.
 - Des informations sont données en retour aux parties qui ont répondu à la consultation et au public en général. De même que des explications sont données sur la manière dont les consultations ont été menées et dont les résultats ont été pris en compte dans la proposition. Les résultats des consultations menées dans le cadre du processus d'évaluation d'impact seront résumés dans les rapports.

B) Les lignes directrices et la boîte à outil « Better Regulation »

Si l'on se réfère directement aux lignes directrices plus récentes et à la boîte à outil *Better Regulation* :

- o *Better Regulation – Guidelines 2021-* (voir Chapitre II)²⁴⁷.

²⁴⁷ [Swd2021_305_en.pdf \(europa.eu\)](#)

- o *Better Regulation – Toolbox 203 Chapitre 7 “Stakeholder Consultation”*²⁴⁸.

On constate une reprise et une réaffirmation de l'essence même des principes et des normes déjà édictés en 2002.

Ainsi quatre **principes généraux** en la matière de consultation sont confirmés dans le cadre de Better Regulation :

1. **La participation** :
 - *une approche inclusive consultant le plus largement possible ;*
2. **L'ouverture et la responsabilité** :
 - *pour garantir un processus de consultation transparent ;*
3. **L'efficacité** :
 - *afin que la consultation s'inscrive dans un moment utile un moment où les points de vue des parties prenantes peuvent encore faire la différence en prenant en compte la proportionnalité et les contraintes qui pourraient être soulignées.*
4. **La cohérence** :
 - *des processus de consultation, des analyses, des revues et des contrôles qualité.*

<i>Box 3. General principles and minimum standards for consultation</i>
Relations with stakeholders are governed by four general principles : ➤ <i>participation</i> – take an inclusive approach by consulting as widely as possible; ➤ <i>openness and accountability</i> – make the consultation process and how it has affected policymaking transparent to those involved and to the general public, including to persons with disabilities; ➤ <i>effectiveness</i> – consult at a time when stakeholder views can still make a difference, taking account of proportionality and specific restraints; and ➤ <i>coherence</i> – ensure the consistency (across all services) of consultation processes, analysis, review and quality control.

Ces principes sont complétés par **cinq normes** minimales qui s'appliquent à toutes les consultations :

1. **La clarté du processus** de consultation
 - *tous les documents de consultation doivent être clairs et concis et inclure toutes les informations nécessaires pour faciliter les réponses ; avec des précisions pour les questions techniques*

²⁴⁸ [BRT-2023-Chapter 7-Stakeholder consultation_0.pdf \(europa.eu\)](#)

2. Le ciblage de la consultation

- pour garantir que les parties intéressées aient bien la possibilité d'exprimer leur avis ;

3. La transparence/diffusion

- *pour assurer l'information et la publicité adéquate et adapter ses canaux de communication pour atteindre les parties intéressées sans exclure aucun moyen de communication ;*

4. Des délais suffisants pour participer

- *pour permettre le temps de s'organiser et répondre à la consultation ;*

5. La publication des résultats des contributions

These principles are complemented by **five minimum standards** that apply to all consultations:

- ✓ *clarity* – all consultation documents should be clear and concise⁴³, and include all necessary information to facilitate responses. It is advised that questionnaires that are very technical in nature include a set of more general questions for non-specialists;
- ✓ *targeting* – ensure that the consultation strategy targets all interested parties so that they have an opportunity to express their opinions;
- ✓ *outreach* – ensure adequate awareness-raising and publicity, and adapt communication channels to the needs of all target audiences. Without excluding other communication tools, public consultations should be published on the 'Have Your Say' web portal (the 'single entry point')⁴⁴;
- ✓ *sufficient time for participation* – allow sufficient time for planning and responses to invitations and written contributions. As a rule, 'calls for evidence', which include public consultations, are published for 12 weeks; and
- ✓ *publication of contributions and results* – of public consultations on the 'Have Your Say' web portal and, if possible, on DGs' websites (with an appropriate link to 'Have Your Say')⁴⁵.

C) Rapport « Commission Staff working document » du 15 avril 2019²⁴⁹

Dans le Commission Staff working document du 15 avril 2019 – *Taking stock of the Commission's Better Regulation Agenda*, la Commission rappelle que sa politique de consultation sert [aussi] à **favoriser la légitimité, aider à identifier les obstacles dans la mise en œuvre des règles européennes et d'éviter l'élaboration des règles technocratiques.**

C'est donc bien un modèle win/win que préconise la Commission en matière de consultation.

D) Rapport du Parlement du 27 octobre 2023²⁵⁰

Beaucoup plus récemment le Parlement Européen a publié son rapport du 27 octobre 2023 sur *l'adéquation, la subsidiarité et la proportionnalité de la réglementation de l'Union – rapport « Mieux légiférer » couvrant les années 2020, 2021 et 2022.*

²⁴⁹ EUR-Lex - 52019SC0156 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

²⁵⁰ Textes adoptés - Rapport « Mieux légiférer » couvrant les années 2020, 2021 et 2022 - Jeudi 23 novembre 2023 (europa.eu)

Ce rapport sur la subsidiarité et la proportionnalité a pour but d'analyser l'application de ces principes par les institutions européennes et leurs partenaires en vue de répondre au maximum aux attentes des citoyens et de leurs institutions nationales.

Avec en ligne de mire l'amélioration de la réglementation et l'élaboration d'une législation de l'Union pour un marché unique plus efficace, le rapport souligne que :

- **l'analyse d'impact constitue un outil essentiel** du programme en faveur d'une meilleure réglementation
 - o *pour assurer le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité et qu'elle est utilisée pour promouvoir la responsabilité des initiatives de la Commission susceptibles d'avoir une incidence économique, sociale ou environnementale importante ; invite la Commission à procéder à des évaluations de l'impact selon le genre lors de la conception des propositions législatives ;*
- **la qualité du cadre réglementaire de l'Union est essentielle**
 - o *pour la compétitivité de l'Union ;*
- en l'absence d'un **ensemble cohérent et complet de règles codifiées de bonne administration applicable dans toute l'Union**, il est difficile pour les citoyens et les entreprises de bien comprendre leurs droits en vertu de la législation de l'Union ;
 - o *estime que le fait de codifier les règles de bonne administration renforcerait les droits des citoyens et la transparence et répondrait au besoin d'investissement et de réforme dans l'Union européenne ; demande à la Commission de présenter une proposition législative sur un droit européen de la procédure administrative, compte tenu des mesures qu'il a prises dans ce domaine ;*
- insiste sur le fait que le **comité d'examen de la réglementation** vise à assurer un contrôle efficace, indépendant et impartial du travail de la Commission ; plaide, à cet égard, en faveur du renforcement de l'indépendance du comité, y compris en veillant à une composition équilibrée qui reflète un vaste éventail d'expériences et de compétences ;
 - o *demande une plus grande transparence du comité, ce qui passe notamment par la publication de tous ses avis immédiatement après leur adoption, par la déclaration de ses rencontres avec des groupes d'intérêt et par l'utilisation obligatoire du registre de transparence par ses membres; insiste sur le fait que s'il convient que la Commission tienne compte de l'avis du comité afin d'améliorer ses analyses d'impact, ses évaluations et ses bilans de qualité, cela ne devrait en aucun cas nuire à la capacité d'initiative législative de la Commission; demande au comité et aux colégislateurs de coopérer plus étroitement.*

Le cadre ainsi donné ainsi pour les consultations publiques par la Commission Européenne apporte déjà ainsi un grand nombre de solutions qui semble pouvoir répondre directement aux préoccupations exprimées par rapport au processus actuel de consultation publique observé avec les ESAs.

II – PROPOSITIONS DE PISTES D'AMELIORATION DU PROCESSUS DE CONSULTATION DES ESAs

Sur la base de ces éléments concrets et en adoptant la démarche de la Commission européenne plusieurs pistes de réflexion pourraient être étudiées afin d'améliorer le processus des consultations publiques des ESAs en apportant plus de « transparence », de « confiance » et de « cohérence » des actions. Elles sont ci-dessous présentées.

- ❖ **Rendre systématiques et claires les consultations préalables à l'adoption de tous projets de normes techniques et d'actes de droit souple**
 - Identifier les « *groupes cibles* »
 - Assurer un principe de « *responsabilité* »
 - Assurer la « *coordination appropriée* » à « *tous les stades de la conception à la mise en œuvre* ».
- ❖ **Rendre systématique les études d'impacts qui sont considérés comme un élément essentiel en particulier pour des raisons de compétitivité**
 - Pour assurer le respect « *des principes de subsidiarité et de proportionnalité et qu'elle est utilisée pour promouvoir la responsabilité des initiatives* ».
- ❖ **Garantir l'effectivité et l'efficacité du processus de consultation en s'assurant que :**
 - **les délais pour participer sont adaptés au temps de l'examen et de la réponse à la consultation, et ce afin que la consultation s'inscrive dans un moment utile à savoir un moment où les points de vue des parties prenantes peuvent encore faire la différence** en prenant en compte la difficulté des sujets traités, l'importance de leur impact, la proportionnalité et les contraintes et des obstacles à la mise en œuvre qui pourraient être identifiées par les parties prenantes :

« Pour être efficace, la consultation doit être aussi précocement que possible. La participation des parties intéressées à l'élaboration d'une politique doit donc débuter au moment où celles-ci peuvent encore agir sur la définition des principaux objectifs, des méthodes de mise en œuvre, des indicateurs de performance et, le cas échéant, des premières grandes lignes de cette politique. Plusieurs phases de consultation peuvent être nécessaires ».
 - **Si nécessaire les délais peuvent être supérieurs à la règle ordinaire.**
 - **que la consultation soit parfaitement accessible**
 - A défaut de traduire la consultation dans la langue de chaque Etat membre (dans la pratique, elles sont généralement rédigées en

anglais), il faudrait à minima qu'elle soit accompagnée d'un glossaire et de définitions précises des principaux termes qui en font l'objet, afin d'éviter les faux sens et les erreurs de compréhension.

- que les contributions soient « *analysées attentivement* »

❖ **Renforcer le dialogue :**

- Créer des interactions plus étroites avec les parties prenantes.
- Développer des étapes intermédiaires entre le lancement de la consultation, le *hearing* et la publication finale, pour créer des lieux et des temps d'échanges et de débats techniques et opérationnels en particulier (Ateliers Experts, conférences...)
 - o « *Mettre en place un cadre de consultation cohérent mais suffisamment souple pour tenir compte des exigences propres aux diverses catégories d'intérêts, ainsi que de la nécessité d'élaborer des stratégies de consultation adéquates pour chaque proposition de politique* ».

❖ **Améliorer la publication du résultat des contributions :**

- Les ESAs devraient exprimer de manière claire et concrète dans un document dédié et publié leurs observations et commentaires et justifier *in fine* les motivations de la prise en compte ou non des suggestions et préconisations apportées par les experts, professionnels et consommateurs consultés.
- Les résultats des consultations pourraient ainsi être rendus publics dans un délai maximum de deux mois à compter de la clôture de la période de consultation.
- Prévoir des rapports de synthèse analytique venant compléter les rapports très factuels qui peuvent être faits en restitution d'une consultation.
 - o « *Des informations sont données en retour aux parties qui ont répondu à la consultation et au public en général. De même que des explications sont données sur la manière dont les consultations ont été menées et dont les résultats ont été pris en compte dans la proposition. Les résultats des consultations menées dans le cadre du processus d'évaluation d'impact seront résumés dans les rapports* ».
- En particulier en prenant en compte la qualité des parties prenantes et la fiabilité et la crédibilité de leurs réponses afin d'introduire une forme de pondération dans l'appréciation des réponses à la consultation en fonction de l'intérêt et de l'impact des parties prenantes.

Les outils de *Better Regulation* identifient cette piste de réflexion pour l'interprétation des données.

Box 2. Interpretation of data – key aspects
Consultations aim to gather evidence, which is used as input for policy preparation and contributes to informed decision-making. It is therefore essential to provide the right context of the consultation when presenting the outcome, including information on who participated and whom respondents represent: • when analysing⁷⁹⁰ and presenting the results, distinction should be made between the different stakeholder categories that contributed to the consultation. A short description should be provided about the different stakeholders (background, whom they represent, etc.); • do, preferably, the ‘stakeholder credibility test’ and consider its outcome in the analysis: – <i>longevity</i>: Has the stakeholder organisation been established long enough to acquire the wisdom in the policy field? – <i>expertise</i>: How well does it know the subject matter? – <i>representativeness</i>: Who exactly does it represent and how well does it do so? – <i>track record</i>: How useful/credible has its contribution been in the past? – <i>reputation</i>: How seriously do other people take this organisation? • contributions from citizens should be analysed as a separate stakeholder category; • campaigns should be identified and the relevant responses should be segregated, analysed and presented separately from the non-campaign responses (see para 1.2.2); • avoid using only percentages when presenting results; they should be linked to the corresponding amount of responses (see para 1.3.1).

La Commission distingue notamment quatre catégories de parties prenantes ayant une influence sur l'appréciation des résultats :

- *les parties prenantes ayant un haut niveau d'influence, mais peu d'enjeux dans le texte en cours d'élaboration*
- *celles ayant un haut niveau d'influence avec un enjeu important dans le texte en cours d'élaboration ;*
- *les parties prenantes ayant un faible niveau d'influence et peu d'enjeux et*
- *celles ayant un faible niveau d'influence, mais avec un enjeu important.*

Les parties prenantes peuvent également être considérées selon leur positionnement au sein de leur catégorie (en fonction de leur taille, de leur localisation et leurs activités) pour aider à apprécier leur niveau d'influence dans le processus décisionnel et la valeur et l'utilité de leur intervention.

❖ **Prévoir des réponses individuelles (en plus d'une réponse collective synthétisant la position globale)**

- Pour permettre à chaque partie prenante d'apprécier directement et spécifiquement la prise en compte des éléments remontés – *a minima lorsque la réponse à la consultation de la partie prenante emporte une singularité remarquable.*

❖ **Prévoir un self assessment des ESAs sur le respect de leur mandat :**

- Ce *self assessment* viendrait compléter la restitution de la consultation par l'ESA. Il aurait pour objet :
 - o Le respect des principes généraux et des normes des consultations
 - o Le respect des limites de leur mandat
 - o La vérification de la cohérence du texte avec le cadre réglementaire existant

❖ **Encadrer le processus de consultation :**

- Pour garantir la sécurité juridique du processus de consultation, il est proposé de se doter d'un régime de consultation fixant les moyens, les délais, les objectifs, l'exigence de cohérence permanente des différents textes entre eux, les principes généraux et les règles qui régissent le processus de consultation des ESAs.
 - o « *Codifier les règles de bonne administration* ».
 - o « *La Commission encourage les groupes d'intérêt à se doter de leurs propres mécanismes de suivi dans le but de tirer les enseignements de ce processus et de s'assurer de l'efficacité de leur contribution à un système transparent, ouvert et responsable* ».
 - o « *Définir des normes et des principes généraux permettant à la Commission de rationaliser ses procédures de consultation et de les mener à bien de façon pertinente et systématique* ».
- Créer une obligation pour les ESAs de publier dans leur rapport annuel un chapitre sur leur activité relative aux consultations publiques, spécifiant en particulier les points de désaccord rencontrés avec les parties prenantes.

❖ **Créer une instance indépendante de contrôle des processus de consultation**

- o Voir le Comité d'examen de la Réglementation – *Regulatory Scrutiny Board*

Annexe 9 : Analyse de la procédure de l'avis motivé de l'article 60 *bis* des règlements instituant les ESAs et propositions de modifications des articles 16 et 60 *bis* des règlements instituant les ESAs et de l'article 54 du règlement instituant l'AMLA

Daniela QUELHAS et Anne-Claire ROUAUD

La révision en 2019²⁵¹ des règlements instituant les ESAs a introduit un nouvel article 60 *bis* intitulé « *Excès de compétence par l'Autorité* » aux termes duquel « *Toute personne physique ou morale peut adresser un avis motivé à la Commission si cette personne estime que l'Autorité a excédé ses compétences, y compris en ne respectant pas le principe de proportionnalité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 5, lorsqu'elle agit dans le cadre des articles 16 et 16 ter, et que cela la concerne directement et individuellement* ».

Cette nouvelle voie de droit n'a semble-t-il jamais été appliquée. La rédaction de cette disposition étant particulièrement laconique, il est difficile d'évaluer l'efficacité d'un tel dispositif pour les établissements financiers et de crédit.

1. Une première incertitude tient aux conditions de recevabilité prévues par ce texte. En effet, les conditions cumulatives tenant à l'existence d'un lien direct et individuel du requérant avec l'excès de compétence engendreraient, si elles étaient interprétées de la même manière que dans le cadre du recours en annulation de l'article 263 TFUE, un risque élevé d'irrecevabilité.

La double condition – cumulative – de l'affectation directe et individuelle, fait en effet écho à l'article 263(4) TFUE, qui fixe les règles de recevabilité applicables aux personnes physiques et morales souhaitant obtenir l'annulation d'un acte de droit européen²⁵². La jurisprudence classique en la matière, établie en 1963 et dont la Cour ne s'est jamais départie²⁵³, exige :

²⁵¹ PE et Cons. UE, règl. n° 2019/2175, 18 déc. 2019 modifiant le Règlement (UE) n° 1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), le Règlement (UE) n° 1094/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), le Règlement (UE) n° 1095/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), le Règlement (UE) n° 600/2014 concernant les marchés d'instruments financiers, le Règlement (UE) n° 2016/1011 concernant les indices utilisés comme indices de référence dans le cadre d'instruments et de contrats financiers ou pour mesurer la performance de fonds d'investissement et le Règlement (UE) n° 2015/847 sur les informations accompagnant les transferts de fonds.

²⁵² A l'exclusion des actes *Réglementaires ne comportant pas de mesures d'exécution*, pour lesquels seul le critère de l'affectation directe est requis. A noter en outre que l'article 263(4) ne vise que les actes produisant des effets juridiques, à l'exclusion des actes portant avis et recommandation au sens de l'article 288 TFUE. On raisonne donc ici par analogie, sur la base d'une terminologie dont la portée est fermement établie en jurisprudence.

²⁵³ CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann c. Commission*, 25/62. Voir plus récemment : CJUE, 17 septembre 2015, *Confederazione Cooperative Italiane et al. C. Anicav et al*, C-455/13 P : « *selon une jurisprudence constante de la Cour, la condition selon laquelle une personne physique ou morale doit être directement concernée par la décision attaquée, telle que prévue à l'article 263, quatrième alinéa, TFUE, requiert que la mesure de l'Union contestée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et ne laisse aucun pouvoir d'appréciation à ses destinataires qui sont chargés de sa mise en* ».

- Que l'acte en cause soit de nature à affecter **directement** la situation de la personne morale, **sans application d'autres règles intermédiaires**. Si des règles intermédiaires sont néanmoins nécessaires à la mise en œuvre de l'acte, l'autorité nationale doit n'avoir aucune marge de manœuvre, aucun pouvoir d'appréciation. **Or les autorités compétentes de chaque Etat membre sont bien investies d'un pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre des orientations**, puisqu'elles peuvent tout à la fois se déclarer conformes, partiellement conformes voire intégralement non conformes.

En tout état de cause, parce que les établissements gardent la liberté de diverger des orientations et de leur acte de réception en droit interne s'ils motivent leur position, on ne peut affirmer que les orientations s'appliquent à eux « directement ».

Par conséquent, si l'on s'en tient à la jurisprudence relative au contentieux de l'annulation sous l'angle de l'article 263(4) TFUE, on ne peut affirmer qu'un établissement, pris individuellement, satisfasse la condition de l'affectation directe. Les deux conditions étant cumulatives, le risque d'irrecevabilité à la procédure de l'avis motivé est réel.

- Que la personne **autre que le destinataire** de l'acte, pour être *individuellement concernée*, soit atteinte par la norme en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou de situations de fait qui la caractérisent de manière analogue à celle du destinataire²⁵⁴.

Les établissements semblent ne pas satisfaire davantage la deuxième condition lorsque les orientations indiquent qu'elles leur sont destinées.

Les établissements ne satisfont donc pas les conditions cumulatives de l'article 60 bis, à supposer que leur sens soit calqué sur la jurisprudence pertinente de la CJUE.

Fait paradoxal, ils sont désignés comme « destinataires » par la plupart des orientations des ESAs. Mais l'article 60 bis des règlements instituant les ESAs ne mentionne pas cette hypothèse pour déterminer l'accès à la procédure d'avis motivé.

Le but des rédacteurs de l'article 60 bis était-il de restreindre l'accès à la procédure d'avis motivé aux seules autorités compétentes ? Probablement pas, car elles sont également destinataires des orientations, et ne satisfont donc pas la double condition posée par l'article 60 bis. Conclure que ni les établissements ni les autorités compétentes ne seraient recevables à saisir la Commission d'un avis motivé paraît absurde : il n'est guère probable que les rédacteurs du texte aient entendu concevoir une procédure pour... en fermer l'accès. Sauf à n'admettre la recevabilité d'un avis motivé qu'à l'égard, par exemple, d'un établissement ayant fait l'objet d'une sanction explicitement prise sur le fondement d'une orientation, ce qui paraît hautement improbable : un acte n'ayant qu'une valeur de recommandation, fût-il européen, ne saurait fonder une sanction.

œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation de l'Union, sans application d'autres règles intermédiaires (voir point 46). ».

²⁵⁴ La condition, posée dans l'arrêt *Plaumann* précité, est réitérée très régulièrement, voir par exemple : CJUE, 17 septembre 2015, *Mory e.a. c. Commission*, C-33/14 P, point 93.

Compte tenu des impensés de l'article 60 bis, les termes « directement et individuellement » visent probablement les « destinataires » des orientations que sont les autorités compétentes et les établissements, bien qu'on ne puisse, en l'absence de recul sur le sujet, écarter totalement le risque d'irrecevabilité.

2. Une seconde incertitude tient aux modalités ainsi qu'aux effets de cette procédure. Aucun formalisme n'est prévu quant à la procédure, ni aucun délai. En particulier, l'article ne précise pas les pouvoirs de la Commission aux fins de l'examen de la légalité des orientations dont elle est saisie : peut-elle en prononcer l'annulation, substituer son appréciation à celle de l'ESA concernée, doit-elle se borner à rendre un avis ? Son appréciation constitue-t-elle un acte susceptible de recours par le pétitionnaire éconduit, ou au contraire, le silence de l'article 60 *bis* signifie-t-il que l'échange entre le requérant et la Commission échappe à tout contrôle juridictionnel ? En l'absence de pouvoir prévu en ce sens, la Commission ne saurait, à elle seule, annuler des orientations d'une ESA, même si une illégalité était constatée. Les mesures à sa disposition, consistant par exemple à présenter une proposition de texte de niveau 1, s'inscrivent dans un temps plus long.

Propositions de modification des articles 16 et 60 bis des règlements instituant les ESAs

NB : Les modifications proposées concernant l'article 16 des règlements instituant les ESAs valent également pour l'article 54 du règlement instituant l'AMLA, dont la rédaction est identique. S'agissant de la procédure d'avis motivé, il est proposé de modifier l'article 60 bis des règlements instituant les ESAs et d'insérer des dispositions identiques dans le règlement instituant l'AMLA.

Rédaction actuelle	Propositions de modifications	Commentaires
Article 16 Orientations et recommandations		
1. Afin d'établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives au sein du SESF et d'assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l'Union, l'Autorité émet des orientations à l'intention de toutes les autorités compétentes ou de tous les établissements financiers et émet des recommandations à l'intention d'une ou plusieurs autorités compétentes ou d'un ou plusieurs établissements financiers. Les orientations et les recommandations sont conformes aux délégations de pouvoir conférées par les actes législatifs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 2, ou au présent article.	1. Afin d'établir des pratiques de surveillance cohérentes, efficaces et effectives au sein du SESF et d'assurer une application commune, uniforme et cohérente du droit de l'Union, l'Autorité émet des orientations à l'intention de toutes les autorités compétentes ou de tous les établissements financiers et émet des recommandations à l'intention d'une ou plusieurs autorités compétentes ou d'un ou plusieurs établissements financiers. Les orientations et les recommandations sont conformes aux délégations de pouvoir conférées par les actes législatifs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 2 dans les domaines non couverts par des normes techniques de réglementation ou d'exécution. Elles doivent respecter le principe de proportionnalité et tiennent pleinement compte de la diversité des établissements financiers, de leur taille et de leur modèle d'entreprise, ainsi que des avantages systémiques de la diversité	<i>Une autre option consisterait à prévoir que les orientations et recommandations s'adressent uniquement aux ANC, et non aux établissements. Toutefois, cela impacterait la possibilité pour les établissements d'user de la procédure de l'avis motivé (art. 60bis). Il y a donc ici un arbitrage à opérer entre deux possibles solutions qui ne sont pas compatibles entre elles.</i> <i>La référence aux domaines couverts par les RTS/ITS provient du considérant 26 des règlements instituant les ESAs.</i> <i>La formulation relative au principe de proportionnalité est inspirée du considérant 17 du Règlement MSU.</i>

	dans le secteur bancaire de l'Union.	
2. L'Autorité procède, le cas échéant, à des consultations publiques ouvertes sur les orientations et les recommandations qu'elle émet et analyse les coûts et les avantages potentiels de l'émission de ces orientations et recommandations. Ces consultations et analyses sont proportionnées au vu du champ, de la nature et de l'impact de l'orientation ou de la recommandation. L'Autorité sollicite également, le cas échéant, les conseils du groupe des parties intéressées au secteur bancaire visé à l'article 37. Lorsqu'elle n'effectue pas de consultations publiques ouvertes ou ne sollicite pas les conseils du groupe des parties intéressées au secteur bancaire, l'Autorité en indique les raisons.	2. Sauf en cas d'urgence dûment motivée préalablement à l'adoption des orientations ou recommandations, l'Autorité procède à des consultations publiques ouvertes sur les orientations et les recommandations qu'elle émet et analyse les coûts et les avantages potentiels de l'émission de ces orientations et recommandations. Ces consultations et analyses sont proportionnées au vu du champ, de l'orientation ou de la recommandation. L'Autorité notifie au public la consultation en mettant le projet d'orientations et de recommandations à disposition sur son site web officiel. La consultation est organisée en temps utile et sur une période suffisamment longue, pour permettre à ceux qui le souhaitent de participer. Dans le même délai, l'Autorité sollicite également les conseils du groupe des parties intéressées au secteur bancaire visé à l'article 37. Leurs observations agrégées et anonymisées figurent dans le document préparé par l'Autorité en réponse à la consultation.	<i>Il s'agit de montrer clairement que la réalisation de consultations publiques et la consultation du groupe des parties intéressées sont le principe et que l'Autorité ne peut s'en dispenser que dans des cas exceptionnels.</i> <i>L'ajout s'inspire des propositions du Research Network on EU Administrative Law (ReNUEAL), disponibles ici : «Briefadresse» (renewal.eu) Voir page 90.</i> <i>Alternative : au lieu de « La consultation est organisée en temps utile et sur une période suffisamment longue, pour permettre à ceux qui le souhaitent de participer », prévoir que « la période de consultation a une durée d'au moins trois mois »</i>
2 bis. Les orientations et les recommandations ne se limitent pas à renvoyer à des éléments d'actes législatifs ou à les reproduire. Avant d'émettre une nouvelle orientation ou recommandation, l'Autorité	2 bis. Les orientations et les recommandations ne se limitent pas à renvoyer à des éléments d'actes législatifs ou à les reproduire. Avant d'émettre une nouvelle orientation ou recommandation, l'Autorité	

commence par réexaminer les orientations et recommandations existantes de façon à éviter toute duplication.	commence par réexaminer les orientations et recommandations existantes de façon à éviter toute duplication et incohérence. Elle retire le cas échéant de précédentes orientations ou recommandations.	<i>Dans la logique des principes de Better regulation, il s'agit de supprimer les actes de soft law devenus obsolètes et de s'assurer de la compatibilité et de la cohérence entre les différents textes.</i>
3. Les autorités compétentes et les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations. Dans un délai de deux mois suivant l'émission d'une orientation ou d'une recommandation, chaque autorité compétente indique si elle respecte ou entend respecter cette orientation ou recommandation. Si une autorité compétente ne la respecte pas ou n'entend pas la respecter, elle en informe l'Autorité en motivant sa décision. L'Autorité publie le fait qu'une autorité compétente ne respecte pas ou n'entend pas respecter cette orientation ou recommandation. L'Autorité peut également décider, au cas par cas, de publier les raisons invoquées par l'autorité compétente pour ne pas respecter l'orientation ou la recommandation en question. L'autorité compétente est avertie, au préalable, de cette publication.	3. Les autorités compétentes mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations et recommandations. Dans un délai de deux mois suivant l'émission d'une orientation ou d'une recommandation, chaque autorité compétente indique si elle respecte ou entend respecter cette orientation ou recommandation. Si une autorité compétente ne la respecte pas ou n'entend pas la respecter, elle en informe l'Autorité en motivant sa décision. L'Autorité publie le fait qu'une autorité compétente ne respecte pas ou n'entend pas respecter cette orientation ou recommandation ainsi que les raisons invoquées par l'autorité compétente pour ne pas respecter l'orientation ou la recommandation en question. Dans le rapport visé à l'article 43, paragraphe 5, l'Autorité informe le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur les modalités d'incorporation au niveau national des orientations et recommandations par les autorités compétentes.	<i>Il s'agit de distinguer nettement la portée des orientations et recommandations à l'égard des ACN et à l'égard des établissements, en traitant ce dernier point dans un paragraphe distinct.</i> <i>Il s'agit d'assurer la publication systématique des raisons données par l'ACN pour ne pas se conformer.</i> <i>Il s'agit d'avoir une cartographie claire des instruments d'incorporation, le cas échéant, afin d'avoir une plus grande transparence sur les effets juridiques réels qu'one les orientations et recommandations au niveau des Etats Membres.</i>

Si l'orientation ou la recommandation le requiert, les établissements financiers rendent compte, de manière précise et détaillée, de leur respect ou non de cette orientation ou recommandation.	3 bis. Les établissements financiers mettent tout en œuvre pour respecter ces orientations ou recommandations dans la mesure où l'autorité compétente a indiqué les respecter et sous réserve que ces orientations ou recommandations soient conformes au droit de l'Union européenne et compatibles avec le droit national de l'Etat membre concerné. Les établissements financiers peuvent s'écarter des orientations et recommandations dès lors que les objectifs poursuivis par l'acte législatif sur la base duquel les orientations ou recommandations ont été adoptées sont atteints par d'autres moyens.	<i>Les dispositions de ce nouveau paragraphe sont cruciales pour préciser la portée des orientations (ou recommandations) à l'égard des établissements et la mettre en cohérence avec le comply or explain des autorités nationales. Par « mettre tout en œuvre », on entend « faire leurs meilleurs efforts ».</i> <i>Il s'agit bien des objectifs du texte de niveau 1 et non d'objectifs fixés par l'EBA dans ses orientations.</i>
4. Dans le rapport visé à l'article 43, paragraphe 5, l'Autorité informe le Parlement européen, le Conseil et la Commission des orientations et recommandations qui ont été émises.	4. Dans le rapport visé à l'article 43, paragraphe 5, l'Autorité informe le Parlement européen, le Conseil et la Commission des orientations et recommandations qui ont été émises. Le rapport présente de manière systématique les raisons invoquées par l'autorité compétente pour ne pas respecter les orientations ou les recommandations qui ont été émises.	<i>En ligne avec les dispositions insérées dans le paragraphe 3 visant à assurer la publication systématique des raisons données par l'ACN pour ne pas se conformer.</i>

Article 60 bis Excès de compétence ou de pouvoir par l'Autorité		
Toute personne physique ou morale peut adresser un avis motivé à la Commission si cette personne estime que l'Autorité a excédé ses compétences, y compris en ne respectant pas le principe de proportionnalité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 5, lorsqu'elle agit dans le cadre des articles 16 et 16 ter, et que cela la concerne directement et individuellement.	1. Toute personne physique ou morale destinataire d'un acte pris sur le fondement des articles 16 ou 16 ter peut, dans un délai de deux mois suivant la publication d'un tel acte, adresser un avis motivé à la Commission si cette personne estime que l'Autorité a excédé ses compétences et/ou ses pouvoirs, soit : (a) parce qu'elle n'a pas respecté les délégations de pouvoir conférées par les actes législatifs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 2 ; (b) parce que, lorsqu'elle adopte des orientations et/ou recommandations, elle n'a pas respecté la lettre des actes législatifs visés à l'article 1^{er}, paragraphe 2 ou de tout autre acte législatif que les orientations et/ou recommandations visent à interpréter ; (c) parce qu'elle n'a pas respecté le principe de proportionnalité visé à l'article 1^{er}, paragraphe 5. Toute personne physique ou morale directement et individuellement concernée par un acte pris sur le fondement des articles 16 et 16 ter peut également solliciter un avis aux conditions prévues par le présent paragraphe. 2. Après avoir statué sur la recevabilité de la demande visée au paragraphe 1, la Commission émet un avis dans un délai raisonnable et au plus tard dans les deux mois à compter de sa saisine, et	<i>Il s'agit de clarifier la procédure d'avis motivé tant au plan procédural (recevabilité ; délais) qu'au plan substantiel (effets).</i> <i>Un délai est précisé (il conviendrait sans doute d'en adapter le point de départ lorsqu'il s'agit de la mise à jour d'un Q&A).</i> <i>En ce qui concerne les personnes qui peuvent saisir la Commission, il a semblé important de supprimer la référence au critère de l'affectation directe et individuelle (qui, sur le fondement de l'article 263 TFUE, est interprété très restrictivement par la CJUE) afin qu'il n'y ait aucune ambiguïté sur la possibilité pour les établissements destinataires (et le cas échéant les ANC) de saisir la Commission.</i>
	Le critère de l'affectation directe et individuelle est repris, mais dans une disposition balai.	<i>Le second paragraphe vise à préciser les effets de la saisine de la Commission, notamment en prévoyant un délai de réponse, en conférant à</i>

	renvoie le dossier au conseil des Autorités de surveillance en vue de l'élaboration d'un nouvel acte, dès lors qu'elle constate que l'Autorité a excédé ses compétences et/ou ses pouvoirs et/ou n'a pas respecté le principe de proportionnalité. Le conseil de l'Autorité tient dûment compte de l'avis de la Commission et soumet rapidement un nouveau projet pour adoption. Le nouveau projet d'acte abroge l'acte initial, le remplace par un acte dont le contenu est identique, ou le remplace par un acte modifié. La demande d'avis introduite en application du paragraphe 1 n'a pas d'effet suspensif. Cependant, la Commission, sur demande de la personne physique ou morale à l'origine de la procédure, peut suspendre l'application de l'acte en cause si elle estime que les circonstances l'exigent. 3. L'avis émis par la Commission, le nouveau projet d'acte soumis par le conseil de l'Autorité et la version finale de l'acte prise en application du présent article sont motivés et notifiés aux parties. 4. La Commission adopte une décision établissant les règles de fonctionnement de la procédure prévue par le présent article. A l'expiration d'un délai d'un an suivant le renvoi au Conseil des Autorités de surveillance, la Commission réexamine l'acte révisé afin d'apprécier si le dépassement de compétences et/ou la violation du principe de proportionnalité a cessé.	<i>la saisine ainsi qu'à l'avis de la Commission un effet suspensif et en prévoyant un dispositif de suivi.</i> <i>Il s'agit de laisser à la Commission toute latitude pour prévoir des échanges écrits, oraux, voire le droit de poser des questions tant à la requérante qu'à l'Autorité concernée.</i>
--	--	---

	5. Si la Commission s'abstient de statuer sur la demande d'avis introduite conformément au présent article, un recours en carence peut être formé devant la Cour de justice de l'Union européenne conformément au Traité. 6. Le présent article ne porte pas atteinte au droit à un recours effectif conformément à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. 7. Le rapport prévu à l'article 81 du présent règlement évalue le fonctionnement de la procédure prévue au présent article.	
--	--	--

Annexe 10 : Tableau récapitulatif des situations nationales

MULTI-JURISDICTIONAL QUESTIONNAIRE SUMMARY OF ANSWERS

See below:
• for details about the questions
• interpretation keys

Member States Questions	Austria	Belgium	Finland	France	Germany	Greece	Italy	Luxembourg	Netherlands	Poland	Portugal	Romania	Spain	Sweden
Question 1.	√(G)(P)	NA	√(G)(P)	√(G)(P)(R)	√(P)(M)	√(P)(E)(G)	NA	NA	√(P)(R)(E)(EM)(PS)	√(P)	NA	√(P)(A)	√(E)	√(E)(D)
Question 2.	√	√	NA	√	√	≈	√	√	√	×	×	√	√	√
Question 3. (a)	≈	≈	NA	√	√	≈	√	√	√	√	√	√	≈	≈
(b)	(NB)	≈	NA	(B)(NB)	NB	≈	(B)(NB)	(NB)	(NB)	(B)(NB)	(B)(NB)	(B)(NB)	NB	≈
(c)	×	×	NA	√	×	NA	×	√	√	√	×	×	NA	NA
(d)	×	NA	NA	√	√	NA	NA	NA	×	×	√	×	NA	×
(e)	×	NA	NA	≈	×	NA	NA	NA	×	×	×	×	NA	NA
Question 4.	×	NA	NA	≈	√	NA	NA	NA	×	√	×	×	NA	Not relevant

MULTI-JURISDICTIONAL QUESTIONNAIRE

SUMMARY OF ANSWERS

Member States	Austria	Belgium	Finland	France	Germany	Greece	Italy	Luxembourg	Netherlands	Poland	Portugal	Romania	Spain	Sweden
Questions														
Question 5.	√(P) (LLB)	NA	NA	√(P) (LLB) (c/MS-L)	√(P) (LLB) (c/MS-L) (c/EU-L)	NA	√(P) (LPF)	√(P) (c/EU-L)	√(P) (c/EU-L)	×	×	×	√	√(P) (c/MS-L)
Question 6.	×	NA	×	√	×	NA	NA	NA	NA	×	×	×	×	×
Question 7.	(i) Limitation on ESA's mandates and less regulations (ii) Better compliance with legal hierarchy (iii) Stronger judicial control	(i) establish a clear and effective control mechanism on the rules and regulations issued by the regulators (ii) avoid dealing with the system of implementation or utilisation of guidelines at the national level	SSM should make proposals to the EU Commission on regulatory changes	(i) Better and less regulations (ii) respecting institutional balance (iii) more transparent process (iv) more effective dialogue with stakeholders (v) reforming ESA's governance (vi) more effective judicial review (vii) greater scrutiny by EP and Council	(i) Respecting institutional balance (ii) less disparities between MS; less and more concise regulations (iii) stronger ECJ judicial control (iv) ESA mandates more specific	(i) Continuous and better dialogue with stakeholders (ii) regular workshops through industry associations with the participation of supervised entities regardless their size or activity (iii) proactive guidance and interpretation or provision of examples tools, etc. for the implementation or adjustments	NA	NA	(i) Official repealing updating or replacement process of outdated L2 instruments following changes in L1 instruments (ii) more uniformity in ESA's consultation process (iii) more systematic release and follow up of calendars of work in progress (iv) maintain strict regulation	(i) Better implementation of the principle of proportionality (ii) reduction of the mass production of regulations	Better and less regulation preserving level playing field across MS	Better and less regulations underpinned by (i) a risk-based approach and clearer policy goals (ii) improvement of consultation and functioning of expert committees (iii) improved collaboration between industry and authorities in the rule making process	NA	(i) Too short consultation process to submit questions (ii) impact assessment to be more systematic (iii) be improved and better adapted to reality, incl. Via better dialogue with stakeholders (iv) better delineate matters for L1 vs L2/3 and limit scope of mandate to L2 technical matters

MULTI-JURISDICTIONAL QUESTIONNAIRE

SUMMARY OF ANSWERS

Member States														
Questions	Austria	Belgium	Finland	France	Germany	Greece	Italy	Luxembourg	Netherlands	Poland	Portugal	Romania	Spain	Sweden
Question 7. Continued		(iii) better interaction between the European rules and the national rules, especially in areas such as product governance, where the national authorities may impose additional or different requirements than the European ones		(viii) Better scoping of ESA's mandates and limiting their discretion thereunder (ix) impact assessment (x) ex ante compliance checks with Level 1 standards		(iv) Clearer and simpler language in L1 and L2 texts (v) L3 texts should give examples			(v) increase budget of ESAs for better work			and (iv) introducing standardised compliance procedures		(v) shorten time periods for issuing and updating Q&As

MULTI-JURIDICTIONNAL QUESTIONNAIRE

SUMMARY OF ANSWERS

Questions	
Question 1	Are there examples of Level 2 or 3 texts that have blatantly included a provision which should have appeared at Level 1, and/or that contradict a Level 1 text and/or which add constraints without legal basis?
Question 2	Are there Legal articles or research by academics or legal commentators, or debates or policy statements within or from trade associations, that discuss the inflation of Level 2 instruments (Commission's delegated acts, RTSs) and /or EU Soft Law?
Question 3	(a) Is EU Soft Law implemented into your national supervisory framework by way of national law instruments?
	(b) Are these national law instruments legally binding or non-binding?
	(c) Are you aware of any ongoing proceedings or court decision in your jurisdiction having decided on (either by challenging or confirming) the binding effect of EU Soft Law?
	(d) Does your jurisdiction's legal system recognize any right of appeal or recourse against EU Soft Law?
	(e) If so, are you aware of any cases where a national competent authority has withdrawn its own national law instrument transposing EU Soft Law following challenges to its legality?
Question 4	Is there a distinction in the application of these tools between banks supervised by national competent authority (NCA) and banks directly supervised by the ECB?
Question 5	Are you aware of situations where a national competent authority in your jurisdiction decided not to comply, in whole or part, with any ESA's guidelines (within the meaning of article 16 of EBA/ESMA/EIOP Regulation)? If that is the case, please provide examples and the reasons for not complying (please do not provide an extended list; a couple of examples will be enough). Please classify the reasons according, but not limited, to the following items (and give details): •Lack of legal basis (including where the relevant ESA has exceeded its powers) •Inconsistency with national law / Constitution •Inconsistency with another piece of EU legislation •Inconsistency with established national market practices •Unlevel playing field •Other?
Question 6	Are you aware of situations where banks or insurance companies officially decided not to comply, in whole or part, with ESA's guidelines? If that is the case, please provide examples and the reasons for not complying.
Question 7	Suggestions for improvements ?

MULTI-JURIDICTIONNAL QUESTIONNAIRE

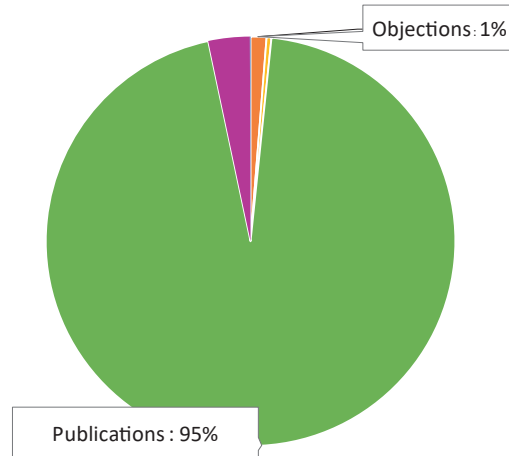
SUMMARY OF ANSWERS

Keys	
✓	Positive answer
×	Negative answer
≈	Qualified or nuanced answer (e.g. Question 3(a): some GLs are endorsed by national instruments, sometimes not)
NA	No answer to the question
(A)(D)(E)(EM)(G)(M)(P)(PS)(R)	Question 1: denotes the matter concerned: (A) : AML-CTF; (D) : DORA; (E) : ESG, Taxonomy, SFDR, etc.; (EM) : EMIR; (G) : governance requirements (CRD); (M) : MiFID; (P) : prudential requirements (PS) : PSD; (CRR); (R) : bank resolution (BRRD)
(B)	Binding instrument under the national law of the Member State
(NB)	Non-binding instrument under the national law of the Member State
(LPF)	Answer to Question 5: Justification linked to a situation of uneven level playing field with other Member States
(LLB)	Answer to Question 5: justification linked to a lack of legal basis for imposing the soft law (including where the relevant ESA has exceeded its powers)
(c/MS-L)	Answer to Question 5: justification linked to the inconsistency of the soft law with national law or the constitution of the Member State
(c/MS-MARK)	Answer to Question 5: justification linked to the inconsistency of the soft law with established national market practices in the Member State
(c/EU-L)	Answer to Question 5: justification linked to the inconsistency with another piece of EU legislation

Annexe 11 : Chiffres clés

En un coup d'oeil : volume des actes délégués depuis 2010

- 1747 actes délégués publiés
- 60 actes délégués adoptés
- 7 actes délégués retirés
- 23 have been subject to an objection



January 2025

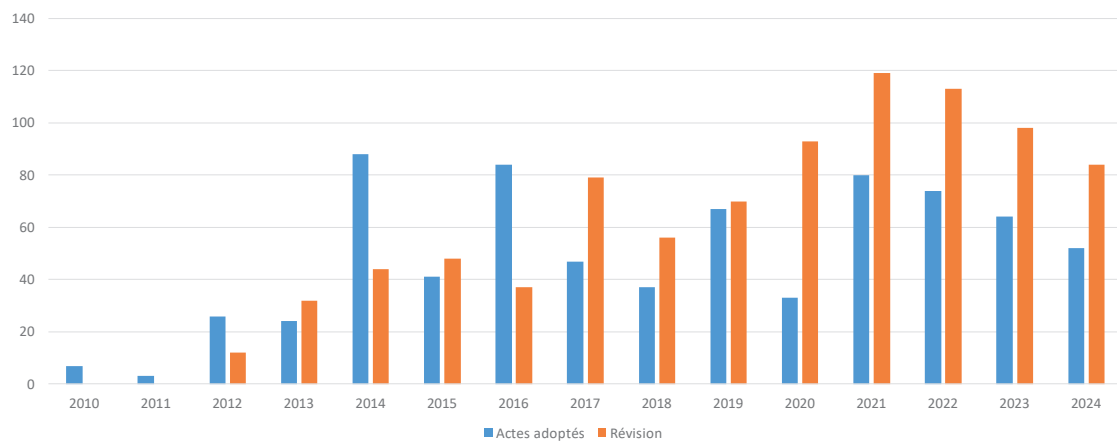


■ Objections ■ Retraits ■ Publications

4

Nombre d'actes délégués par an

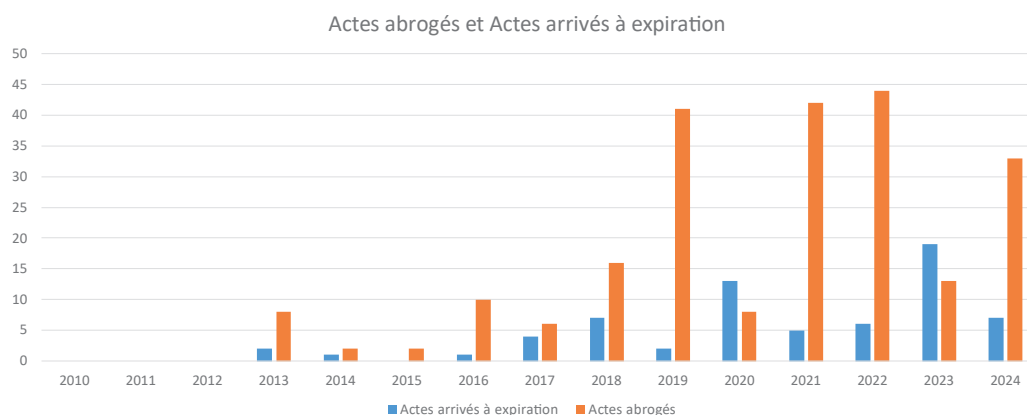
Distinction entre les actes adoptés et les actes amendés (mis à jour)



Source : Legal acts – statistics - EUR-Lex (europa.eu)

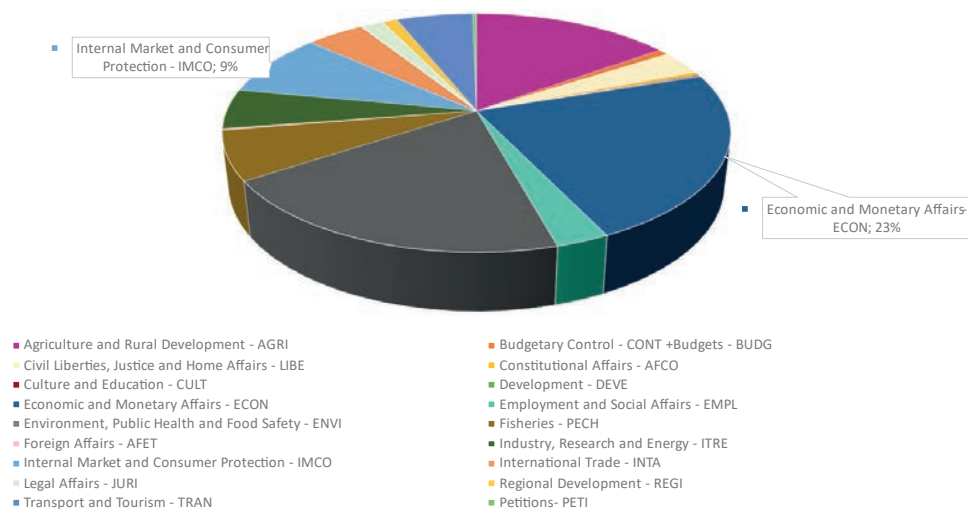
January 2025

Actes délégués arrivés à expiration ou abrogés



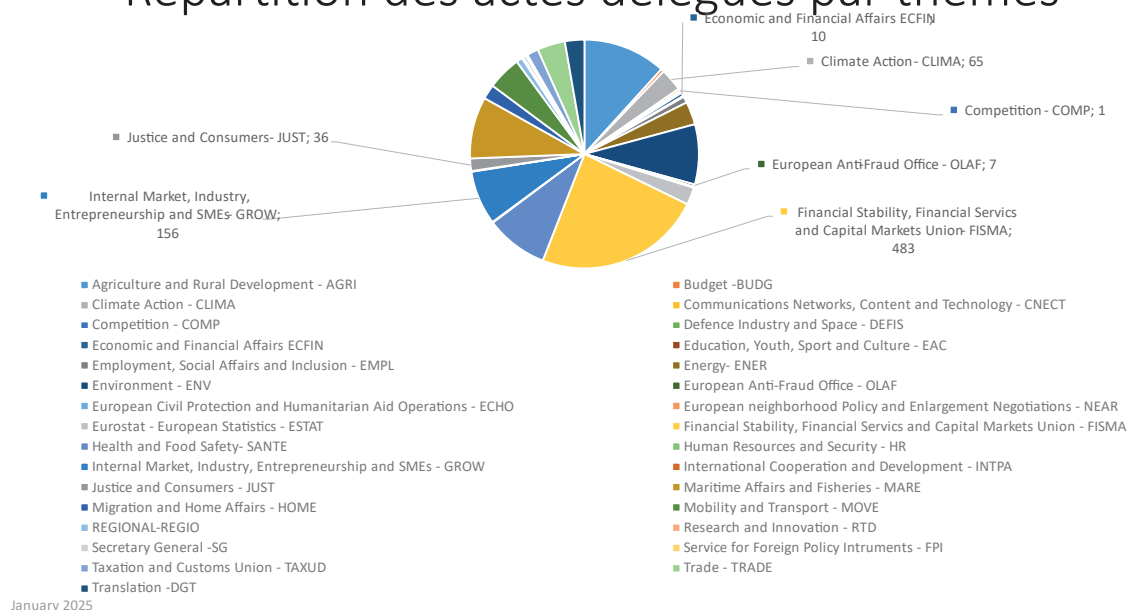
January 2025

Répartition des actes délégués par Commission parlementaire saisie

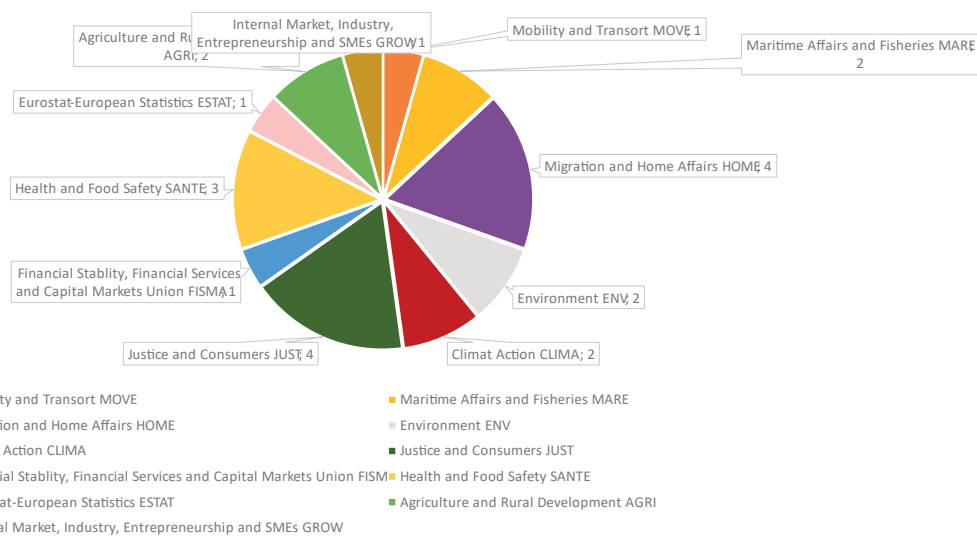


January 2025

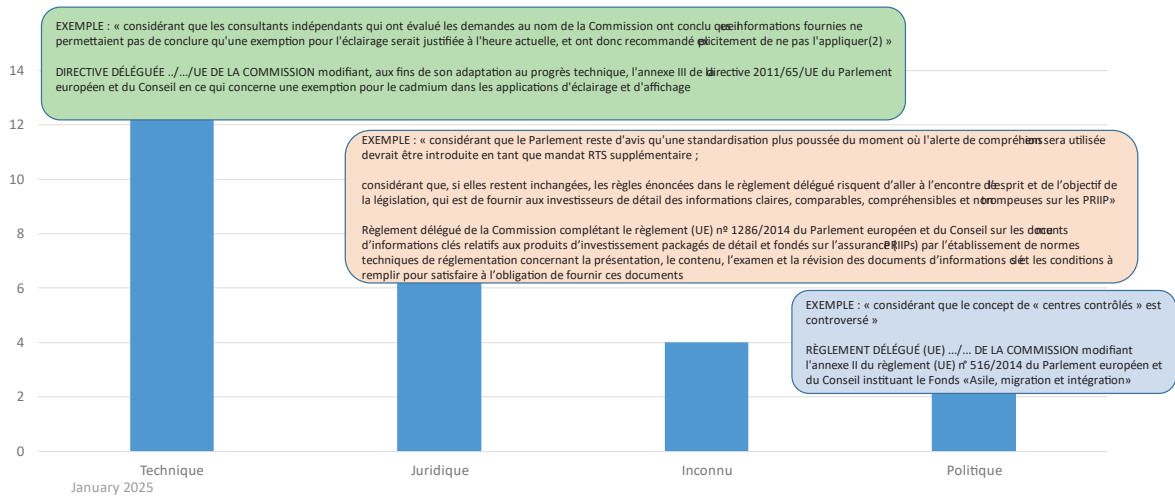
Répartition des actes délégués par thèmes



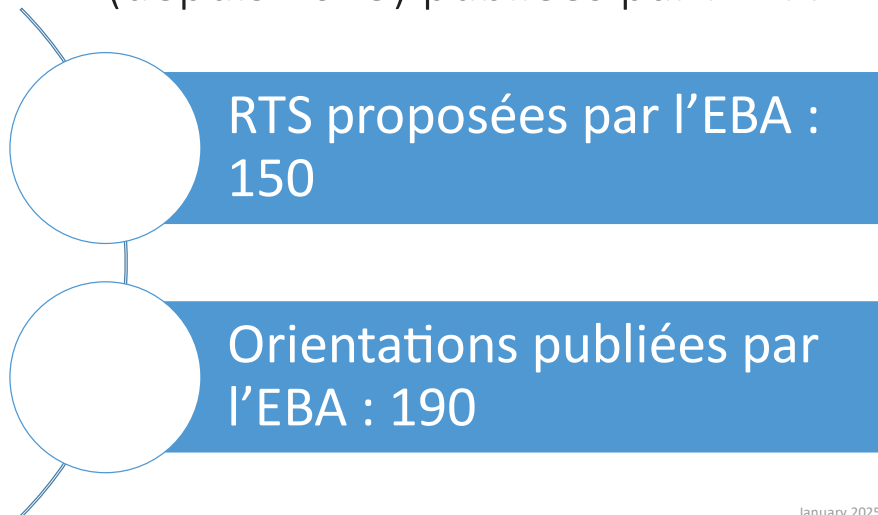
Répartition par thème des objections aux actes délégués



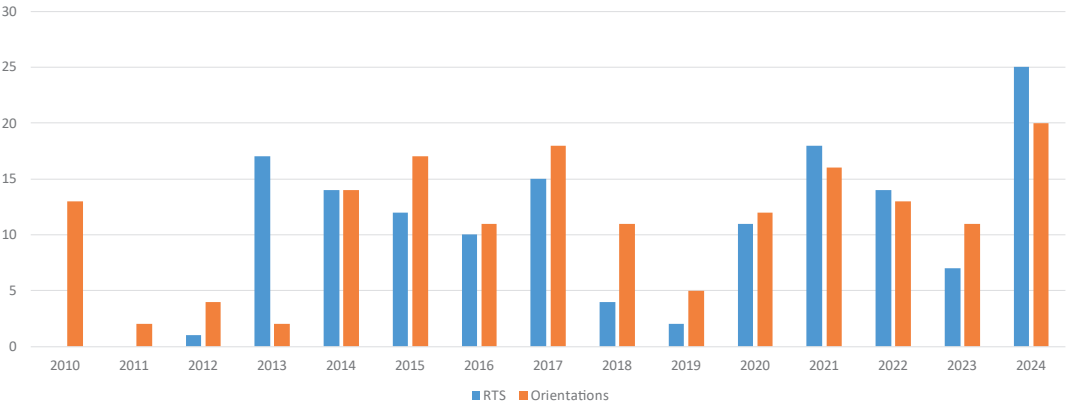
Motifs des objections



Nombre total de RTS (depuis 2007) et d'orientations (depuis 2013) publiées par l'EBA

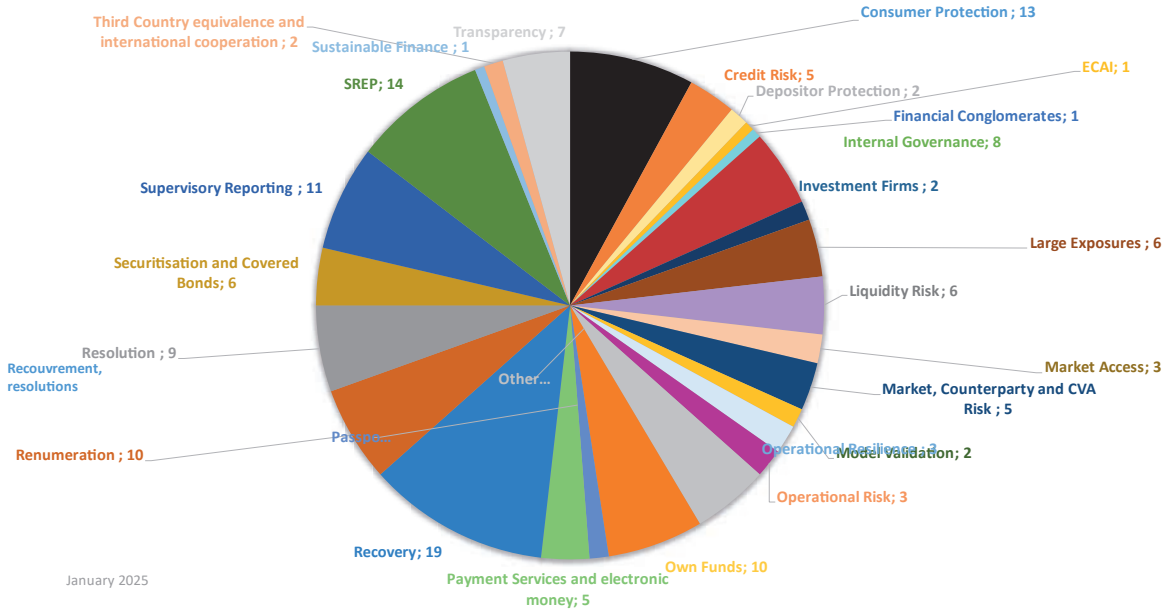


Nombre de RTS et Orientations de l'EBA par an

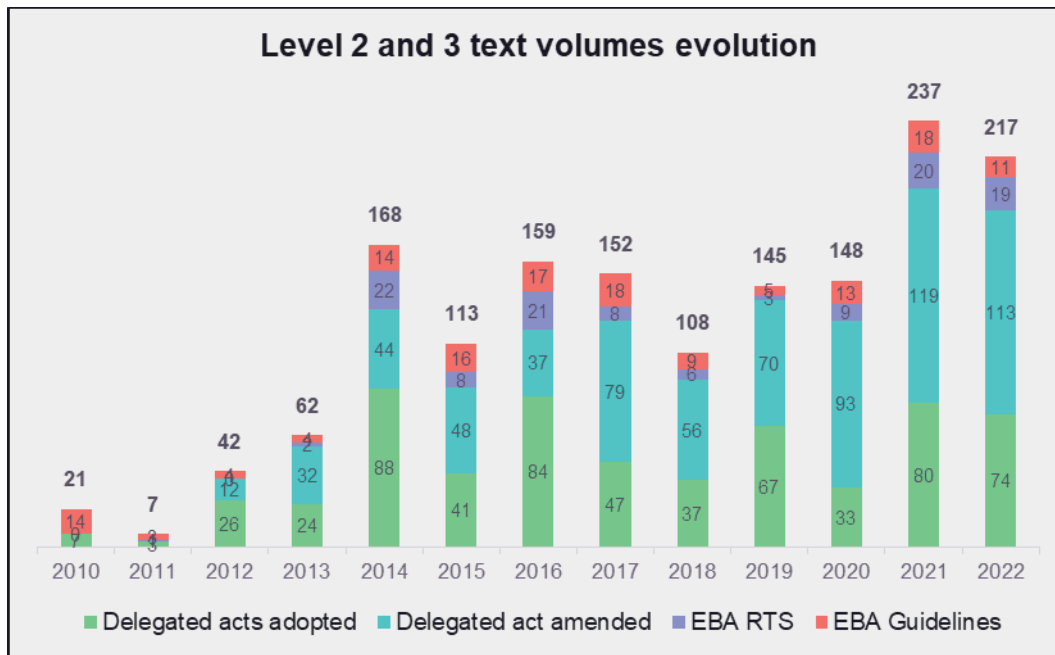


January 2025

Répartition des Orientations de l'EBA par thème

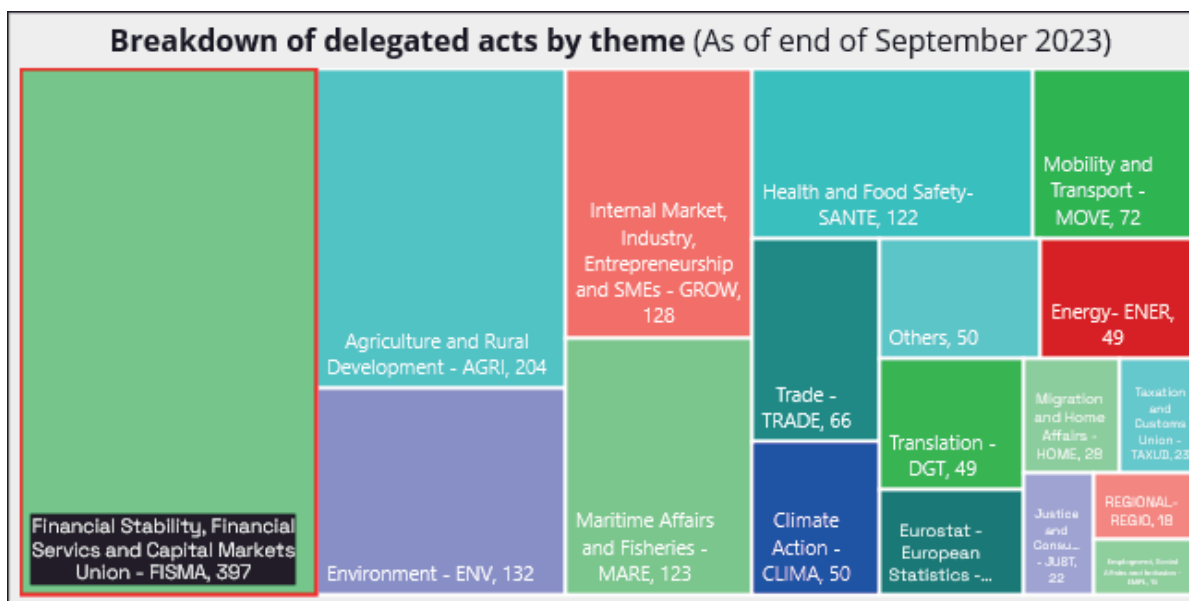


January 2025



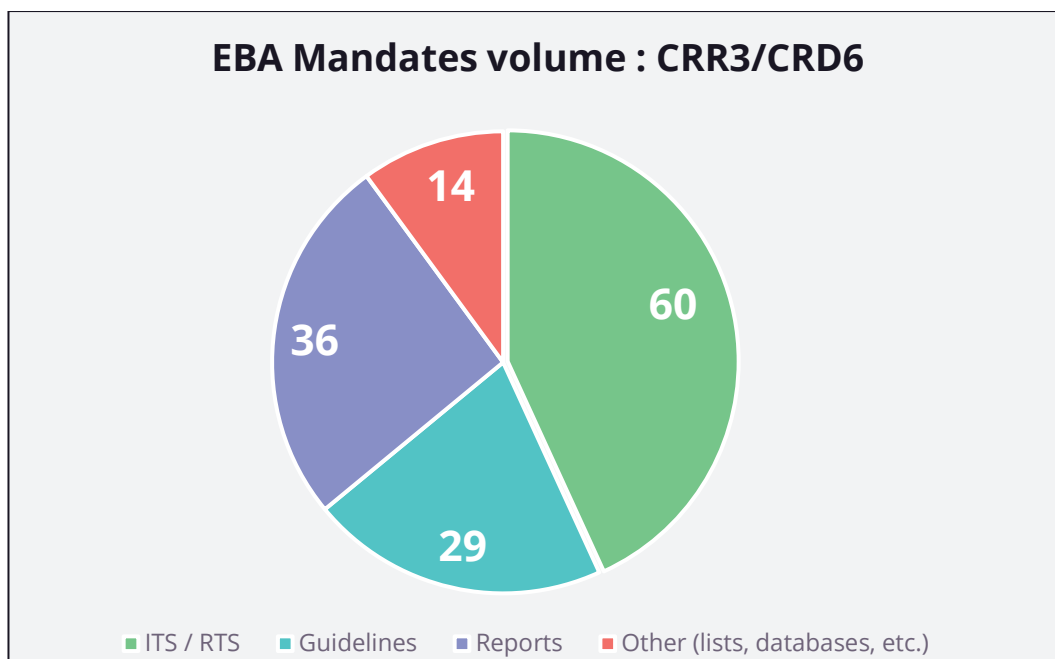
+43% over the last 5 years (2017-2022)

With the volume of delegated acts growing significantly (83/year from 2021 to 2023) and the number of RTS doubled since 2020.



25% of delegated acts (397) concern financial stability and financial services

Source : [EU Legal Acts - statistics](#)



139 mandates assigned to EBA for the CRR3/CRD6 banking package

(Including 60 new mandates for drafting technical standards and 29 for the adoption of guidelines, for a total of 89, compared with 62 under CRR2/CRD5, which represents a growth of +44%). Source : [EBA roadmap on strengthening the prudential framework](#)

MIFID	Payment services Directive	EMIR	ECB Guides
19 RTS	11 EBA Mandates	25 RTS	30 Guides
42 Other Delegated Acts	240 Q&A EBA	25 Other Delegated Acts	

Delegations of Level 1 texts impacting all banking activities...

GLOSSAIRE

Jean-Baptiste FOREST et Blanche SOUSI

Acte délégué

D'une façon générale, acte adopté par la Commission européenne en vertu d'un pouvoir qui lui a été délégué par le Parlement européen et le Conseil dans un acte qu'ils adoptent (règlement ou une directive), dit acte de base ou de niveau 1, pour le compléter ou en modifier certains éléments non essentiels, (article 290 TFUE).

Plus particulièrement, si l'acte de base concerne le secteur des services financiers, la Commission européenne peut également recevoir le pouvoir d'adopter, par acte délégué, certaines normes techniques de réglementation (article 10 des règlements instituant les ESAs).

Quoi qu'il en soit, le Parlement européen et le Conseil disposent d'un pouvoir de contrôle (droit de *call back*) sur l'exercice de la délégation.

L'acte délégué est un acte de niveau 2. Il est intitulé par exemple « règlement délégué de la Commission européenne » ou « directive déléguée de la Commission européenne ».

Voir : Normes techniques de réglementation, Autorités européennes de surveillance.
Comp. : Acte d'exécution.

Acte d'exécution

D'une façon générale, acte adopté par la Commission européenne en vertu d'une compétence d'exécution qui lui a été conférée par le Parlement européen et le Conseil dans un acte qu'ils adoptent (règlement ou directive), dit acte de base ou de niveau 1, afin d'en assurer une mise en œuvre uniforme dans tous les Etats membres de l'UE. La compétence d'exécution étant, par principe, une compétence des Etats membres, ceux-ci doivent pouvoir contrôler l'exercice par la Commission d'une telle compétence qui lui est ponctuellement conférée. A cette fin, elle est assistée par des comités composés de représentants des Etats membres (article 291 TFUE).

Plus particulièrement, depuis 2010, dans le secteur des services financiers la Commission européenne peut, dans l'acte de base, recevoir compétence pour adopter certaines normes techniques d'exécution qui seront préparées par les autorités européennes de surveillance. Le Parlement européen et le Conseil n'ont qu'un droit de regard sur l'élaboration et l'adoption de ces normes techniques d'exécution (article 15 des règlements instituant les ESAs).

L'acte d'exécution est un acte de niveau 2. Il est intitulé, par exemple, « règlement d'exécution de la Commission européenne » ou « directive d'exécution de la Commission européenne ».

Voir : Comitologie, Normes techniques d'exécution.
Comp. : Acte délégué.

Actes (ou textes) de niveau 1 ou acte de base

Dans la procédure législative ordinaire, on désigne ainsi les textes législatifs adoptés par les colégislateurs européens, c'est-à-dire le Parlement européen et le Conseil. Il en est ainsi des règlements et des directives. Ce sont évidemment des actes contraignants.

Actes (ou textes) de niveau 2

Actes contraignants adoptés par la Commission européenne en vertu d'une délégation de pouvoir ou de compétence prévue dans un acte de niveau 1. Ces actes de niveau 2 fixent le plus souvent des normes techniques de réglementation ou d'exécution qui seront préparées par les autorités européennes de surveillance.

Voir : Acte délégué, Acte d'exécution.

Actes (ou textes) de niveau 3

Actes non contraignants émis par les autorités européennes de surveillance et les autorités nationales compétentes. Par exemple, des orientations, recommandations, guides, etc.

Voir : *Soft law* et les annexes 1 et 2.

Autorités européennes de surveillance (AES ou ESAs dans le sigle anglais couramment utilisé)

Les trois AES sont l'Autorité bancaire européenne (ABE) (*European Banking Authority* (EBA)), l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) (*European Securities & Markets Authority* (ESMA)), et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP), (*European Insurance & Occupational Pensions Authority*) (EIOPA).

Elles ont été instituées par trois règlements du 24 novembre 2010, à la suite des recommandations du rapport Larosière. Elles se sont substituées aux trois anciens comités de niveau 3 du processus Lamfalussy (voir les annexes 1 et 2).

Elles travaillent principalement à l'harmonisation de la surveillance des établissements du secteur des services financiers au sein de l'UE et émettent, à cette fin, des actes de *soft law* (recommandations, orientations, etc.) à l'attention des autorités nationales compétentes et des établissements.

Elles préparent également les projets de normes techniques de réglementation ou d'exécution qui seront adoptées par la Commission européenne.

Voir : Normes techniques de réglementation, Normes techniques d'exécution.

Better regulation

On désigne ainsi l'accord « Mieux légiférer » conclu le 13 avril 2016 entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne, visant à promouvoir la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction de la législation de l'Union européenne, ainsi que la plus grande transparence du processus législatif.

L'objectif est de rendre la législation européenne compréhensible et aisée à mettre en œuvre, de permettre aux citoyens, aux administrations et aux entreprises de comprendre facilement leurs droits et leurs obligations, de prévoir des exigences

appropriées en matière d'information, de suivi et d'évaluation, et d'éviter la réglementation excessive et les lourdeurs administratives.

Clause de rendez-vous (ou de réexamen)

Disposition insérée dans un acte de droit européen obligeant les parties à se réunir à nouveau après la date de l'entrée en vigueur du texte pour négocier ou redéfinir tout ou partie de ses termes en cas de survenance d'un événement précis ou au terme d'une durée prédéterminée.

Comitologie

D'une façon générale, procédure par laquelle le Parlement européen et le Conseil confèrent à la Commission européenne, dans un acte qu'ils adoptent (directive ou règlement) dit acte de base ou de niveau 1, la compétence d'exécution de certaines dispositions de cet acte, compétence que la Commission doit exercer sous le contrôle de comités composés de représentants des Etats membres (article 291 TFUE).

S'agissant plus particulièrement du secteur des services financiers, cette procédure déjà reformulée après le rapport Lamfalussy en 2001, a profondément été modifiée à la suite des recommandations du rapport Larosière (voir les annexes 1 et 2). En effet depuis 2010, la Commission européenne peut, dans l'acte de base, recevoir compétence pour adopter certaines normes techniques d'exécution dont les projets auront été préparés par les autorités européennes de surveillance (article 15 commun aux trois règlements instituant les ESAs).

Voir : Acte d'exécution, Autorités européennes de surveillance, Normes technique d'exécution.

Comply or explain

On désigne ainsi la règle selon laquelle les autorités nationales compétentes doivent indiquer si elles entendent respecter (*comply*) ou pas, une orientation ou une recommandation émise par une autorité européenne de surveillance (AES). Celles qui n'entendent pas la respecter, en tout ou en partie, doivent motiver ce choix (*explain*). S'agissant des établissements « *si l'orientation ou la recommandation le requiert, ils doivent rendre compte de manière précise et détaillée, de leur respect ou non de cette orientation ou recommandation* » (article 16 point 3 alinéa 4 commun aux règlements instituant les ESAs).

Conseil (ou Conseil de l'Union européenne)

Le Conseil est avec le Parlement européen, colégislateur de l'Union européenne.

Il est composé des ministres des 27 Etats membres selon le domaine d'action concerné. Il est donc organisé en formations : ainsi pour la réglementation de services financiers, la formation Affaires économiques et financières du Conseil (ECOFIN) est compétente ; pour le marché intérieur, la formation Compétitivité du Conseil (COMPET) est compétente, etc.

Compte tenu de la composition du Conseil, on dit parfois que c'est le Conseil des ministres.

Le Conseil ne doit pas être confondu avec le Conseil européen qui, lui, est composé des chefs d'Etat ou de gouvernements des 27 Etats membres et qui définit les orientations et les priorités politiques générales de l'UE.

Droit de *call back* (ou d'objection)

Droit dont disposent le Parlement européen et le Conseil pour rejeter les décisions adoptées par la Commission européenne à la suite d'une délégation qu'ils lui ont donnée afin de compléter ou modifier un règlement ou une directive, ou pour révoquer ladite délégation (Article 290 du TFUE).

Voir : Acte délégué, Normes techniques de réglementation.

Normes techniques d'exécution (ITS dans le sigle anglais couramment utilisé)

Normes adoptées par acte d'exécution de la Commission européenne, conformément à la compétence que lui ont conférée le Parlement européen et le Conseil dans un règlement ou une directive (acte de base ou de niveau 1)

Ces normes doivent déterminer les conditions d'application de l'acte de base. Elles n'impliquent aucune décision stratégique, ni aucun choix politique.

Les projets de ces normes sont élaborés par les autorités européennes de surveillance et proposés à la Commission européenne. Celle-ci peut refuser de les adopter tant qu'ils ne lui conviennent pas, à condition de motiver son refus (article 15 des règlements instituant les ESAs).

Le Parlement européen et le Conseil disposent d'un simple droit d'information pendant tout le processus.

Voir : Acte d'exécution.

Normes techniques de réglementation (RTS dans le signe anglais couramment utilisé)

Normes adoptées par acte délégué de la Commission européenne conformément au pouvoir que lui ont délégué le Parlement européen et le Conseil dans un règlement ou une directive (acte de base ou de niveau 1).

Comme leur désignation l'indique, elles ont un caractère technique ; de plus, elles n'impliquent aucune décision stratégique ni aucun choix politique et leur contenu est délimité par l'acte de base.

Les projets de normes sont élaborés par les autorités européennes de surveillance et proposés à la Commission européenne. Celle-ci peut refuser de les adopter tant qu'ils ne lui conviennent pas, à condition de motiver son refus.

Le Parlement européen et le Conseil disposent de leur droit de *call back* pendant tout le processus (articles 10 à 14 des règlements instituant les ESAs).

Voir : Acte délégué, Droit de *call back*.

Principe de proportionnalité

Selon ce principe, « *le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* » (article 5 du Traité sur l'Union européenne). Ainsi les incidences financières et administratives des différents textes doivent être proportionnées aux objectifs à atteindre et « *...toute charge, financière ou administrative incombant (...) aux opérateurs économiques et aux citoyens doit être la moins élevée possible et à la mesure de l'objectif à atteindre* » (article 5 du Protocole (n°2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité).

Processus Lamfalussy

Préconisé par le rapport du groupe de travail présidé par Alexandre Lamfalussy, rendu public en février 2001, ce processus visait à parachever un marché intégré des services financiers pour faire face à la mondialisation des flux financiers, et à remédier à la lenteur de la procédure législative européenne, jugée moins réactive aux

évolutions techniques que la réglementation américaine. Ce processus reposait sur une formule renouvelée de la procédure de comitologie.
Voir : Comitologie et l'annexe 1.

Question préjudicielle (renvoi préjudiciel)

Le renvoi préjudiciel est une procédure par laquelle les juridictions des États membres de l'Union européenne interrogent la Cour de justice de l'Union européenne sur l'interprétation des traités européens ou sur l'interprétation ou la validité d'un acte du droit dérivé de l'Union (par exemple un règlement ou une directive) avant de trancher un litige dans lequel le texte concerné est invoqué.

Recours en annulation

Le recours en annulation est une procédure par laquelle la Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité d'un acte décisionnel adopté par une institution, un organe ou un organisme de l'Union européenne.

Règlements instituant les ESAs

On désigne ainsi les trois règlements adoptés par le Parlement européen et le Conseil le 24 novembre 2010 instituant chacun une autorité européenne de surveillance (ESA dans le sigle anglais souvent utilisé). Ces règlements concrétisent l'une des recommandations du rapport Larosière (sur ce point, voir l'annexe 2).
Voir : Autorités européennes de surveillance.

Services financiers

On désigne ainsi l'ensemble des services concernant le secteur bancaire, celui des valeurs mobilières et des marchés financiers et celui des assurances et des pensions professionnelles.

Soft law

On désigne ainsi les actes juridiques non contraignants, par nature.

Dans le secteur des services financiers, ce sont les actes de niveau 3, par exemple les lignes directrices, orientations, questions/réponses, instructions, etc., émanant des autorités européennes de surveillance ou des autorités nationales compétentes.

A noter que d'autres organismes ou institutions, comme la BCE, produisent également de la *soft law*.