

## ***La BCE va-t-elle approuver la politique de M. Mario Draghi?***

\*

Un avocat berlinois, mandaté par une association allemande, la *Coalition civile*, et par plus de 2 500 personnes qui se sont associées à la plainte, a introduit récemment un recours devant la Cour de justice européenne tendant à déclarer illégal le rachat d'obligations d'Etat par la Banque centrale européenne (BCE). Ce rachat figure en effet dans les intentions déclarées récemment par M. Mario DRAGHI, Président de la BCE.

1°) Il y a deux séries de dispositions du TFUE qui interdisent les crédits accordés aux Etats membres:

- celles qui interdisent l'octroi de tels crédits par les institutions de l'Union, et notamment par la BCE: articles 123 TFUE et 125 TFUE, § 1, 1<sup>ère</sup> phrase;

- celle qui interdit cet octroi par les Etats membres (à d'autres Etats membres): article 125 TFUE, § 1, 2<sup>ème</sup> phrase.

2°) Les contorsions de l'Union et des Etats membres pour "sauver" l'euro et l'eurozone, fût-ce aux dépens de la légalité européenne, n'ont affecté à ce jour que l'interdiction faite aux Etats membres. C'est l'institution du MES (Mécanisme européen de stabilité) par un traité intergouvernemental non directement rattaché au droit de l'Union, en vertu duquel les Etats accordent des prêts de sauvetage aux Etats membres de l'eurozone en difficulté financière. Les interdictions adressées à la BCE n'ont pas à ce jour donné lieu aux intenses débats qu'ont suscités celles qui sont formulées par le traité à l'encontre des Etats membres.

3°) Les interférences entre droit intergouvernemental et droit de l'Union ont fait craindre que le MES viole certaines dispositions des traités de l'Union. Car, intergouvernemental ou pas, le MES prévoit que les Etats membres accorderont des prêts à des Etats, en contradiction avec l'article 125 TFUE, § 1, 2<sup>ème</sup> phrase. Pour surmonter ce risque d'illégalité, il a été décidé de modifier marginalement le TFUE pour "couvrir" la dérogation aux règles des traités que représente le MES. C'est la modification de l'article 136 TFUE, par ajout d'un paragraphe dont le libellé est le suivant:

*"Les Etats membres dont la monnaie est l'euro peuvent instituer un mécanisme de stabilité de la zone euro dans son ensemble. L'octroi, au titre du mécanisme, de toute assistance financière nécessaire, sera subordonné à une stricte conditionnalité."*

Cette modification de l'article 136 TFUE a été approuvée par le Conseil européen par une décision du 25 mars 2011 (JO de l'UE n° L91 du 6.4.2011). Une décision du Conseil européen peut-elle suffire pour modifier les traités? Oui, dans le cadre de la procédure simplifiée de révision des traités, qui permet d'éviter la procédure solennelle et difficile des CIG (Conférences intergouvernementales). Toutefois la décision doit tout de même être ratifiée par tous les Etats membres selon leurs règles constitutionnelles respectives.

4°) Or si vous consultez le traité TFUE dans sa version en vigueur aujourd'hui, vous constaterez que l'article 136 n'a pas été modifié et demeure conforme à sa version originelle telle qu'établie par le traité de Lisbonne. Comment expliquer cela? C'est certainement qu'à ce jour, la décision de modification n'a pas été ratifiée par les Etats membres ou par certains d'entre eux. Mais alors, comment se fait-il que le MES soit quand même mis en œuvre et que les scrupules sur l'éventuelle illégalité du MES au regard des traités se soient évanouis?

C'est que la Cour de justice européenne a tranquilisé les consciences juridiquement scrupuleuses par un arrêt du 27 novembre 2012 (affaire C-370/12) en affirmant:

- que le MES ne violait aucune des dispositions des traités;
- que la décision de modification de l'article 136 TFUE ne faisait que confirmer

l'existence d'une compétence des Etats membres existant déjà dans le cadre des traités en leur état actuel;

- que la modification de l'article 136 ne ferait donc que confirmer une possibilité existant déjà, et qu'en conséquence, il n'était pas nécessaire d'attendre la ratification de cette modification pour mettre en route le MES.

Il est fort possible que, devant ce "feu vert" accordé par la Cour de justice, les Etats membres aient renoncé à ratifier la modification de l'article 136, devenue superflue du fait de cet arrêt.

Surprenant arrêt! Par quels habiles arguments la Cour a-t-elle pu arriver à une telle conclusion? Par plusieurs arguments complexes, mais surtout par des arguments expliqués dans deux alinéas du communiqué de presse publié par la Cour à la suite de son arrêt. Le communiqué dit d'abord:

*"L'interdiction pour la BCE et les banques centrales des Etats membres d'accorder des découverts ou tout autre type de crédit aux autorités et organismes publics de l'Union et des Etats membres ainsi que d'acquiescer directement, auprès d'eux, des instruments de leur dette [article 123 TFUE] n'est pas contournée par le MES. En effet, cette interdiction s'adresse spécifiquement à la BCE et aux banques centrales des Etats membres. L'octroi d'une assistance financière par un Etat membre ou un ensemble d'Etats membres à un autre Etat membre, directement ou per l'intermédiaire du MES, ne relève pas de ladite interdiction."*

C'est vrai, l'article 123 TFUE ne formule d'interdit qu'à l'égard de la BCE et des banques centrales nationales, non à l'égard des Etats membres. Mais il y a aussi l'article 125 TFUE, § 1, qui, lui, formule une interdiction adressée explicitement aux Etats membres. Comment la Cour s'en sort-elle avec cet autre article? Elle affirme que l'article 125 TFUE *"ne vise pas à interdire à l'Union et aux Etats membres l'octroi de toute forme d'assistance financière à un autre Etat membre. Cette clause vise plutôt à assurer qu'ils respectent une politique budgétaire saine en garantissant qu'ils restent soumis à la logique du marché lorsqu'ils contractent des dettes."*

Cette thèse est stupéfiante. En effet, elle va à l'encontre de l'interprétation assez générale des dispositions de l'article 125 par tous les commentateurs, favorables ou hostiles à l'euro, avant que cet arrêt soit émis. L'article 125 apparaissait jusqu'alors comme un développement et une précision énoncés dans la logique des interdictions de l'article 123 en les étendant aux Etats membres. Ce qu'a fait la Cour de justice par cet arrêt est donc un véritable coup d'Etat juridique.

5°) Mais cette habileté de la Cour de justice européenne pourrait se retourner aujourd'hui contre elle. Revenons en effet à la plainte présentée par des Allemands contre la politique actuelle de la BCE, laquelle contrevient allègrement aux dispositions de l'article 123 TFUE. La Cour de justice, toujours pour faciliter le sauvetage de l'euro, pourrait être tentée de reconnaître à la BCE les mêmes facultés qu'elle a reconnues aux Etats membres par son arrêt du 27 novembre 2012. Mais comment pourrait-elle le faire alors que, dans cet arrêt, elle a dit explicitement que les interdictions figurant à l'article 123 s'appliquent à la BCE? Va-t-elle se

renier? Va-t-elle trouver un autre artifice pour justifier sans se renier la politique de la BCE? Apparemment ce sera bien difficile!

On peut imaginer que la Cour pourrait faire une distinction entre les achats de la BCE sur le marché primaire, c'est-à-dire les souscriptions lors d'émissions d'obligations par des Etats membres, et les achats sur le marché secondaire, c'est-à-dire les achats en bourse d'obligations ayant déjà été souscrites par telles ou telles institutions qui s'efforceraient de s'en débarrasser. En ce qui concerne le MES, les deux possibilités sont explicitement autorisées. Il se pourrait que la Cour déclare illégales d'éventuels achats de la BCE sur le marché primaire, mais soit plus accommodante pour les achats effectués sur le marché secondaire. Simple hypothèse.

L'article 123 TFUE dispose en effet que "*l'acquisition directe ... par la Banque centrale européenne*" des instruments de la dette de certains Etats membres est interdite. Peut-on comprendre a contrario qu'une acquisition "indirecte", sur le marché secondaire, serait tolérable? A la lecture du seul article 123, on pourrait le penser. Mais il faut aussi tenir compte de l'article 125 TFUE, qui interdit à "*l'Union*" – et la BCE fait partie de l'Union – de "prendre à sa charge" des engagements d'autorités publiques, donc notamment des Etats. Or acheter en bourse des obligations d'Etat, n'est-ce pas "prendre à sa charge" des "engagements" pris par un Etat?

Les suites de la plainte allemande méritent donc d'être suivies à la loupe! ©

*1<sup>er</sup> octobre 2014,*

Romain ROCHAS  
Chef de division honoraire  
de la Cour des comptes européenne.