

Sébastien Adalid

La BCE et l'Eurosystème : exemple d'intégration verticale

Adalid Sébastien. *La BCE et l'Eurosystème : exemple d'intégration verticale*, sous la direction de Blanche Soussi et Mickaël Karpenschif. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), thèse soutenue le 9 novembre 2012.

Disponible sur : www.theses.fr/2012LYO30086



DOCTORAT EN DROIT COMMUNAUTAIRE

Sébastien ADALID

La BCE et l'Eurosystème : exemple d'intégration verticale

9 novembre 2012, 17h, Université Jean Moulin Lyon 3

CODIRECTEURS DE THESE :

Blanche SOUSI, Professeur, Université Jean Moulin Lyon 3

Mickaël KARPENSCHIF, Professeur, Université Jean Moulin Lyon 3

MEMBRES DU JURY :

Jean-Victor LOUIS, Professeur émérite, Université libre de Bruxelles

Francesco MARTUCCI, Professeur, Université de Strasbourg (rapporteur)

Valérie MICHEL, Professeur, Université Paul Cézanne - Aix-Marseille III (rapporteur)

Christian NOYER, Gouverneur de la Banque de France

Je tiens à témoigner ma plus profonde gratitude au Professeur Blanche Sousi dont le soutien indéfectible, la rigueur et la franchise ont permis à cette thèse d'exister. Ma plus grande reconnaissance va aussi au Professeur Mickaël Karpenschif dont la disponibilité, l'enthousiasme et l'exigence ont fait avancer ce travail. Leur apport ne saurait être quantifié tant il fut fondamental.

Je tiens aussi à remercier tous les enseignants chercheurs du Centre d'études européennes de l'Université Lyon 3 qui, par leur accessibilité et leur ouverture d'esprit, ont permis au jeune chercheur que je suis d'apprendre de leur expérience. Je dois aussi beaucoup aux membres de la Banque de France, Messieurs Blache, Bonzom, Mazziotta et de Sèze pour leur accueil et leur expertise qui m'ont grandement éclairé dans l'élaboration de cette thèse.

Je remercie, ensuite, mes collègues doctorants – Rajendra, Léonie, Penny, Mathieu, Loïc, Juliette, Fanny, Eleni, Etienne et tous ceux que je ne peux mentionner – pour leurs relectures, conseils et bonne humeur. Avec eux, faire une thèse fut presque un plaisir quotidien. Je remercie ma mère et mes amis : Marie-Cécile, Renaud, Nora, David et Sandra pour leurs relectures précieuses. Enfin, merci à Cécile et Christophe pour qui des mots ne suffiraient pas.

Les opinions exprimées dans ce travail incombent à leur auteur et ne sauraient être imputées à l'Université Jean Moulin Lyon 3

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATION

<i>ADE</i>	Annuaire de droit européen
<i>Aff.</i>	Affaire
<i>Aff. Jtes.</i>	Affaires jointes
<i>Art.</i>	Article
<i>AJIL</i>	American Journal of International Law
<i>APD</i>	Archives de philosophie du droit
<i>BCE</i>	Banque centrale européenne
<i>BCN</i>	Banque centrale nationale
<i>CDE</i>	Cahiers de droit européen
<i>CMLR</i>	Common Market Law Review
<i>ELR</i>	European Law Review
<i>ELJ</i>	European Law Journal
<i>EUI</i>	European University Institute
<i>Fasc.</i>	Fascicule
<i>JCMS</i>	Journal of Common Market Studies
<i>JDI</i>	Journal de Droit international
<i>JEPP</i>	Journal of European Public Policy
<i>JEL</i>	Journal of European Law
<i>JMWP</i>	Jean Monnet Working Paper
<i>JO</i>	Journal officiel de l'Union européenne (Journal officiel des Communautés européennes)
<i>LPA</i>	Les petits affiches
<i>RAE</i>	Revue des affaires européennes
<i>RCADI</i>	Recueil des cours de l'Académie de droit international
<i>RDP</i>	Revue de droit public
<i>RFDA</i>	Revue française de droit administratif
<i>RIDE</i>	Revue internationale de droit économique
<i>RIEJ</i>	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
<i>RFAP</i>	Revue française d'administration publique
<i>RMUE</i>	Revue du marché commun de l'Union européenne (devenue Revue de l'UE)
<i>RTDE</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>SEBC</i>	Système européen de Banques centrales
<i>TUE</i>	Traité sur l'Union européenne (version de Lisbonne)
<i>TFUE</i>	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>UE</i>	Union européenne
§	Paragraphe

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
Section 1 - La naissance de la monnaie unique : naissance de consensus	6
Section 2 - La réalité de l'Union monétaire	22
Section 3 - L'Eurosystème participant d'un renouvellement de la méthode d'intégration	35
PARTIE 1 : L'EUROSYSTEME : UN SYSTEME ATYPIQUE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE	67
Titre 1 - Un système de droit de l'Union européenne	69
Chapitre 1 : Le droit de l'Union européenne : base juridique de l'Eurosystème.	71
Section 1 - L'établissement de l'Eurosystème par les traités	72
Section 2 - L'encadrement de l'Eurosystème par le droit de l'Union	93
Chapitre 2 : La méthode communautaire : source d'inspiration de l'Eurosystème	115
Section 1 - La supranationalité des organes de direction de l'Eurosystème	115
Section 2 - L'Eurosystème : héritier de la méthode communautaire	134
Titre 2 - Un système sectoriel spécifique	159
Chapitre 1 : L'Eurosystème : un système sectoriel	163
Section 1 - L'Eurosystème : une structure tournée vers la monnaie.	164
Section 2 - Le marché monétaire : interlocuteur privilégié de l'Eurosystème	204
Chapitre 2 : La spécificité du pouvoir normatif de l'Eurosystème.	225
Section 1 - Le désordre des instruments obligatoires de l'Eurosystème	228
Section 2 - L'« action normative » de l'Eurosystème	256
PARTIE 2 : L'EUROSYSTEME : UN SYSTEME AUTONOME ET ORGANISE	295
Titre 1 - L'organisation du système	297
Chapitre 1 : La BCE et les BCN membres d'un système commun	305
Section 1 - La BCE au cœur du système	306
Section 2 - Les BCN à la périphérie du système	325
Chapitre 2 : Un système décentralisé ?	345
Section 1 - L'autonomie limitée des BCN au sein du système	346
Section 2 - La supervision du système par la BCE	373
Titre 2 - Un système indépendant, et responsable ?	395
Chapitre 1 : L'indépendance de la BCE	397
Section 1 - Les fondements de l'indépendance de la BCE	397
Section 2 - L'indépendance en pratique, une autonomie relative	418
Chapitre 2 : La responsabilité de la Banque centrale européenne	445
Section 1 - Les mécanismes limités de responsabilité de la BCE	447
Section 2 - L'impossible légitimité démocratique de la BCE	478
CONCLUSION	515
BIBLIOGRAPHIE	529
INDEX ALPHABETIQUE :	583
TABLES DES MATIERES	587

« La seule connaissance qui vaille est celle qui se nourrit d'incertitude et la seule pensée qui vive est celle qui se maintient à la température ambiante de sa propre destruction »¹

¹ MORIN E., *La méthode* (édition rassemblant les six tomes), Seuil, Paris, 2008, 2463p., ici p. 48.

Introduction

Une monnaie reflète la collectivité qui l'émet. Son nom même est souvent riche de polysémie. L'« euro » reflète le projet européen, diminutif du mot Europe comme signe d'une Union fragmentée, rappel constant de la volonté d'intégration et de vie en commun d'un continent entier voire, vocable prononçable dans toutes les langues comme symbole de la culture sous-jacente partagée par le continent. La monnaie est aussi le fruit d'une histoire qu'elle représente. Elle est, en cela, porteuse des valeurs qui rassemblent une société.

Pour le Doyen Carbonnier, « *Tout, dans notre civilisation juridique, s'exprime en monnaie* »². Un lien consubstantiel unit l'Etat, la société et la monnaie. A travers une monnaie s'exprime l'unité du corps social : « *Elle est l'institution fondatrice qui donne forme aux rapports d'échange et sert de médiation entre les individus* »³. M. Aglietta et A. Orléan démontrent que la monnaie est l'objet qui permet de pacifier et de structurer les rapports entre individus et ainsi soutenir la société dans son ensemble⁴. De même, pour N. Luhmann, la monnaie est un « *médium* » qui permet de garantir la communication au sein du système économique⁵. Ainsi, la monnaie est « *la norme fondamentale qui structure le groupe* »⁶. L'histoire montre une tendance à la centralisation de la monnaie par l'État qui, dans le même temps, devient la seule institution capable de garantir l'essence de la monnaie : la confiance⁷. L'État impose alors « *la confiance hiérarchique* » en la monnaie⁸. L'expérience allemande de l'hyperinflation des années vingt a montré que la perte de confiance dans le médium monétaire avait des conséquences sur le socle social dans sa globalité. Elle a été vue comme une « *décomposition*

² CARBONNIER J., *Droit civil Les biens Les obligations (Tome 2)*, PUF, Paris, 2004, 2574 p., ici p. 1527.

³ AGLIETTA M. & ORLEAN A., *La monnaie entre violence et confiance*, Odile Jacob, Paris, 2002, 378 p., ici p. 98.

⁴ *Ibidem* pp. 11-96 ; voir aussi AGLIETTA M. & ORLEAN A., *la violence de la monnaie*, 2^{ème} Ed., PUF, Paris 1984, 324 p., pp. 25-52.

⁵ « *La concept de "médium" est ici une forme raccourcie pour désigner les (...) médias de communication généralisés (...) qui peuvent être utilisés dans la communication en vue d'une réduction de la probabilité du refus de communiquer* », LUHMANN N., *Politique et complexité – Les contributions de la théorie générale des systèmes*, Les Editions du Cerf, Paris, 1999, 182 p, ici p. 57.

⁶ AGLIETTA M. & ORLEAN A., *La monnaie entre violence et confiance*, précité, p. 99.

⁷ Le lien entre monnaie et confiance peut être résumé ainsi : « *Etant l'expression même de la valeur des objets économiques, la monnaie ne peut avoir aucune valeur substantielle pour la garantir. (...) l'attitude subjective à l'égard de cette abstraction est la confiance, c'est-à-dire le postulat que la monnaie sera toujours acceptée dans l'échange par des tiers inconnus de chacun* », *idem*, p. 103.

N. Luhmann constate que « *tant l'organisation sociale centrale de la politique – à savoir l'État moderne – que celle de l'économie – le système moderne des banques – se sont développés plus ou moins à la même époque* », LUHMANN N., *Politique et complexité – Les contributions de la théorie générale des systèmes*, précité, p. 70. L'analyse de l'auteur est pourtant partielle. Il vise à démontrer que les systèmes politiques et économiques sont isolés l'un de l'autre et peuvent se reproduire seuls (« *autopoïétique* »). Or, l'idée de confiance montre parfaitement que les systèmes sont liés car la monnaie moderne ne pourrait exister sans la confiance que lui donne l'Etat, ne serait-ce que la reconnaissance juridique du pouvoir libérateur de la monnaie.

⁸ *Idem*, p. 105.

du lien civique, et donc comme une destruction de la possibilité même d'un régime démocratique »⁹.

Juridiquement, la monnaie est une composante de la souveraineté de l'Etat. Ainsi : Ainsi, selon le Professeur Mann, « la qualité de "monnaie" doit être attribuée à tout instrument, émis en vertu de l'autorité de la loi et nommée en référence à une unité de compte, qui doit servir comme un moyen universel d'échange au sein de l'État émetteur »¹⁰. La souveraineté monétaire a été résumée par la Cour permanente internationale de justice : « c'est généralement un droit reconnu que tout État a le droit de déterminer lui-même ses monnaies »¹¹. Cet attribut de l'État a plusieurs facettes. En interne, il peut émettre de la monnaie et décider de celle qui aura cours légal sur son territoire¹². Cette dernière opération a pour but de donner à la monnaie un pouvoir libératoire, à savoir de lui donner la capacité d'éteindre directement des dettes¹³. En droit international, l'État a la capacité de déterminer la convertibilité et la valeur de sa monnaie¹⁴. Enfin, cette souveraineté s'étend à l'« organisation du système monétaire national »¹⁵ et notamment : les banques centrales.

La notion de banque centrale est délicate à cerner. Il s'agit « d'une création du marché, pas une créature de l'État »¹⁶. Cependant, le caractère central dérive des prérogatives que les États leur ont petit à petit déléguées. La définition d'une banque centrale est, alors, par nature variable. Elle doit d'être, à la fois, ce que le marché et l'État attendent d'elle. Leur apparition est concomitante de celle de la monnaie fiduciaire. Elles assuraient alors le réescompte des billets de banque et lettres de change. La centralisation est venue lorsque l'État leur a confié le monopole de l'opération de réescompte. Tout d'abord, il donne cours légal à ces instruments mais ensuite, et surtout, il leur donne un cours forcé imposant l'utilisation unique de la monnaie fiduciaire émise par l'institution qui deviendra alors la Banque centrale¹⁷. Depuis

⁹ ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008, 367 p., ici p. 186.

¹⁰ MANN F.A., *The law of money 4th Ed.*, Oxford University Press, Oxford, 1992, 599 p., p. 8 : « the quality of money is to be attributed to all chattels which, issued by the authority of the law and denominated with reference to a unit of account, are meant to serve as universal means of exchange in the State of issue ». Voir aussi BURDEAU G., « L'exercice des compétences monétaires par les États », *RCADI*, 1988-V, p. 211-369, ici p. 234.

Les titres des auteurs ne seront mentionnés que lorsqu'ils seront cités pour la première. Afin d'alléger le texte, ils ne seront pas repris ensuite.

¹¹ Voir, CPIJ, 12 juillet 1929, Emprunts brésiliens, Série A n° 20, Arrêt n° 14 p. 44 et Emprunts brésiliens, Série A n° 20, Arrêt n° 15, p. 122.

¹² Voir BURDEAU G., « L'exercice des compétences monétaires par les États », précité, pp. 240 à 249. L'auteur rappelle aussi le droit, corrélatif, pour l'État de changer de monnaie. Voir aussi NUSSBAUM A., *Money in the Law*, The foundation press, Chicago, 1939, 534 p., pp. 23-36

¹³ Voir sur ce thème, NUSSBAUM A., *Money in the Law*, précité, pp. 37-49 et COURBIS B., « Comment l'État confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de cours à la notion de pouvoir libératoire légal » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 33-48.

¹⁴ Voir CARREAU D., « Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés) », *RCADI*, 1998 vol. n° 274, pp. 309-391 et plus précisément pp. 371-377.

¹⁵ BURDEAU G., « L'exercice des compétences monétaires par les États », précité, pp. 249-255.

¹⁶ AGLIETTA M., « Genèse des banques centrales et légitimité de la monnaie », *Annales Economies Sociétés Civilisation*, 1992, Vol. 47 n° 3, pp. 675-698.

¹⁷ Voir, FLOUZAT SOMONT D'AURILLY D., « Le concept de banque centrale », *Bulletin de la Banque de France*, n° 70 Octobre 1999, pp. 73-97, plus précisément p. 75

lors, les banques centrales se sont développées dans quasiment tous les pays. Historiquement, la première est la Riksbank de Suède, mais la plus topique reste la Bank of England fondée en 1694¹⁸. Même si le rôle et les attributions des banques centrales ont évolué et se sont diversifiés, leur fonction reste d'être « la banque des banques ». Elles détiennent le monopole d'émission de la monnaie fiduciaire mais surtout, aujourd'hui, sur un certain type de monnaie scripturale, la « monnaie banque centrale ». Comme la monnaie fiduciaire à ses origines, la monnaie scripturale peut aussi être créée par les banques privées¹⁹. Or, chaque banque émet une monnaie qui lui est propre et elles devront alors régler leurs dettes entre elles par le biais de la « monnaie banque centrale »²⁰. Ainsi, pour M. Aglietta, leur principale raison d'être est de permettre les paiements entre les banques²¹. Une banque centrale assume traditionnellement plusieurs fonctions : la régulation de la monnaie et du crédit, la détention et la gestion des réserves de changes de l'État et des monnaies fiduciaires des banques, l'octroi de facilités de crédit aux banques et les tâches de banque classiques pour l'Etat²². Avec l'expansion des marchés monétaires et financiers, et surtout leur interconnexion croissante, leur fonction évolue. Elles ont été chargées – sous la tutelle des gouvernements puis seules – de la politique monétaire entendue comme la gestion de la création de la monnaie scripturale par les Banques, sans pour autant se départir de leur tâche "première" de garantie des systèmes de paiement²³. Aujourd'hui, comme la crise financière déclenchée en 2007 l'a montré, il leur est demandé d'être les garantes de la stabilité du système financier dans son ensemble²⁴. Les Banques centrales ont une position fondamentale comme garantes de l'objet monétaire avec tout ce qu'il porte de symboles pour les sociétés. Ainsi s'explique, dans l'Allemagne contemporaine, la place de la Bundesbank qui a réussi à offrir une monnaie stable après les désastres inflationnistes des années d'entre-deux-guerres.

Le rôle de la monnaie et des Banques centrales dans l'ordre social rend délicate la mise en place d'une union monétaire entre plusieurs États, aux cultures différentes. Elle oblige à l'abandon de la souveraineté monétaire, part symbolique importante de la souveraineté. Or, c'est à une telle décision que les États de la Communauté européenne sont parvenus en 1992. Leur décision de remplacer la monnaie nationales par une nouvelle monnaie commune représente alors, par essence, un consensus trouvé entre eux (Section 1). L'Union monétaire est alors, par nature, instable car les disparités entre les États ne s'effacent pas simplement par

¹⁸ Pour un historique du développement des Banques centrales, voir : de KOCK M., *Central Banking*, 4th Ed., Staples Press, London, 1974, 325p., pp. 2-12. L'auteur évoque un « *world-wide establishment of central banks* » (p. 12-13). Voir aussi AGLIETTA M., « Genèse des banques centrales et légitimité de la monnaie », précité, pp. 681-684.

¹⁹ Voir *infra*.

²⁰ Voir Chapitre 1 du Titre 2 de la première partie.

²¹ « *L'organisation de systèmes de compensation et de règlement, dont la banque centrale est le noyau, confère aux moyens de paiements, transmis et acceptés par les banques qui sont membres de ces systèmes, une qualité dans la communauté des paiements nationale* », AGLIETTA M., « Genèse des banques centrales et légitimité de la monnaie », précité, p. 684.

²² Cette liste s'inspire de celle dressée par M. de Kock (*Central Banking*, 4th Ed, précité, p. 14).

²³ « *la banque centrale se définit comme l'institution qui se situe au centre des systèmes de paiement pour garantir les règlements et contrôler l'expansion monétaire* », FLOUZAT SOMONT D'AURILLY D., « Le concept de banque centrale », précité, p. 73.

²⁴ *Idem*, pp. 77-82.

l'instauration d'une monnaie unique (Section 2). Pour garantir sa stabilité, elle doit reposer sur des institutions solides, pérennisant le consensus initial, mais dont l'étude est complexe (Section 3).

Section 1 - La naissance de la monnaie unique : naissance de consensus

La monnaie unique a été décidée avec la signature du traité de Maastricht en 1992²⁵. Il amende le traité CEE²⁶, qui devient au passage le traité instituant la Communauté européenne²⁷, et inscrit dans le texte : le principe, les conditions et les modalités du passage à la monnaie unique. Cette étape a été préparée en amont par l'Acte unique européen²⁸ mais surtout par le rapport élaboré sous l'égide de J. Delors, président de la Commission.²⁹ Le rapport Delors, publié le 12 avril 1989, constitue une étape décisive du chemin vers l'UEM. Il sera approuvé par le Conseil européen de Madrid des 26 et 27 juin suivants. Les négociations ont eu lieu durant l'année 1990³⁰ et se sont achevées au Conseil européen de Maastricht des 9 et 10 décembre 1991. Le traité a été signé le 7 février 1992 dans cette ville.

L'union monétaire se réalise par la fixation irrévocable de parités entre les monnaies des États qui la composent. Elle peut s'accompagner d'une monnaie unique. C'est le choix opéré par le traité de Maastricht. Le nouvel article 3A du TCE détaille les composantes de l'union monétaire, à savoir la nouvelle monnaie et « *la définition et la conduite d'une politique monétaire unique et d'une politique de change unique* ». D'après le rapport Delors, cette

²⁵ Traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993. Le texte amende le Traité CEE (art. G) et crée l'Union européenne.

²⁶ Traité instituant la Communauté économique européenne signé à Rome le 25 mars 1957 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958 (dit Traité CEE ou TCEE).

La monnaie est présente uniquement sous l'angle de la collaboration entre les États membres quant à l'équilibre de leur balance des paiements, dans les articles 104 à 109. L'article 104 du traité impose aux États membres de maintenir cet équilibre mais aussi la confiance dans leur monnaie, un niveau élevé d'emploi et bas d'inflation. Pour cela, l'article suivant prévoit une coordination entre les États membres, notamment au sein du Comité économique et financier (rassemblant deux représentants des États membres, du trésor et de la Banque centrale), et entre leurs administrations, notamment les Banques centrales. Enfin, les politiques de taux de change doivent être traitées comme « *un problème d'intérêt commun* », d'après l'article 107.

²⁷ Dit TCE.

²⁸ Acte unique européen signé le 17 février 1986 à Luxembourg et le 28 février 1986 à La Haye et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987. Son préambule mentionne explicitement l'UEM et rappelle l'accord de principe donné à la conférence de Paris d'octobre 1972. Le nouvel article 102A du TCE considère comme « *nécessaire au développement de la Communauté* » la « *convergence des politiques économiques et monétaires* ». Pour ce faire, il faut tenir compte des « *expériences acquises* » au sein du SME grâce à l'Ecu. Enfin, et très logiquement, il prévoit que le passage à l'Union monétaire devra se faire par une révision du traité (sur cette mention voir LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 25-26).

²⁹ Le comité est composé des gouverneurs des Banques centrales nationales (siégeant à titre individuel) de Niels Thygesen (professeur d'économie), Alexandre Lamfalussy (directeur de la BRI) et Miguel Boyer (président de la *Banco exterior de España*). Sa mission lui avait été confiée par le Conseil européen de Hanovre des 27 et 28 juin 1988.

³⁰ Le Conseil européen de Strasbourg des 8 et 9 décembre 1990 a convoqué une conférence intergouvernementale (ci-après CIG) dont le calendrier a été fixé par celui de Dublin des 25 et 26 juin 1990 pour un début des travaux en décembre. Les orientations des négociations ont été fixées les 27 et 28 octobre par le Conseil européen de Rome.

nouvelle politique est « *une conséquence inévitable de l'union monétaire* »³¹. Elle doit être formulée par une « *nouvelle institution* » et par le biais de « *décisions centralisées et collectives* »³². Ainsi, le traité prévoit la mise en place d'un Système européen de Banques centrales (ci-après SEBC), rassemblant les Banques centrales nationales (dites BCN) et un nouvel organe, chargé de centraliser la politique monétaire, la Banque centrale européenne (ci-après BCE). Le SEBC sera chargé de conduire la politique monétaire avec comme objectif prioritaire de garantir la stabilité des prix.

Une telle décision, avec toutes les conséquences symboliques et pratiques qu'elle emporte, n'a pu être prise que par la conjonction de conditions favorables au sein des États membres et entre eux. De multiples évolutions et événements antérieurs ont permis l'émergence d'un consensus sur les bénéfices de l'Union monétaire (§1) et sur sa structure (§2).

§.1 - Le consensus sur le besoin d'Union monétaire

Le traité de Rome est empreint d'une indifférence assumée pour la monnaie. Les négociateurs du traité, dès la conférence de Messine, ont choisi d'exclure la question monétaire de leurs travaux³³. La présence du système de change mis en place en 1944 avec les accords de Bretton Woods et son efficacité, expliquent aussi que la question monétaire n'était pas une préoccupation centrale³⁴. La rupture de cet accord et l'anarchie du système monétaire international ont conduit alors à replacer la question monétaire au centre du projet. Elle n'en avait d'ailleurs jamais réellement disparu, l'union monétaire étant génétiquement programmée dans le projet d'intégration économique (A). Le projet s'est alors concrétisé lorsque les États ont réalisé, sous la pression de la liberté des changes et des innovations des marchés financiers, que la pérennité de leurs souverainetés monétaires passe par une mise en commun (B).

A. *L'Union monétaire : fruit du spill-over*

Théoriquement et fonctionnellement, l'Union monétaire est une composante du projet d'intégration. Les réflexions et projets sur ce thème n'ont jamais cessé, démontrant sa prégnance dans les débats sur l'évolution des Communautés (1). La doctrine l'a aussi perçue comme une conséquence logique du mouvement entamé par les traités de Paris³⁵ et de Rome (2).

³¹ *Rapport sur l'Union économique et monétaire dans la Communauté européenne*, 12 avril 1989, § 24.

³² *Ibidem*.

³³ « *la question monétaire est absente des débats et certaines déclarations de Paul-Henri Spaak (...) permettent de supposer que la question d'une monnaie unique a été expressément exclue des pourparlers, et ce à la demande d'un État au moins* », PIODI F., *Le long chemin vers l'Euro*, Cahiers du CARDOC (Coordination ANTONA D.), 2012, 249 p., ici p. 17.

³⁴ C'est une des raisons qu'avance le Pr. Louis, voir LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, Commentaire J. Mégret, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, 328 p., p. 9.

³⁵ Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, signé à Paris le 18 avril 1951 et entré en vigueur le 23 juillet 1952 (dit Traité CECA).

1) L'Union monétaire, un débat récurrent

Fait marquant, l'intégration monétaire devance, de peu, le projet communautaire. Ainsi, en 1950, était fondée l'Union européenne des paiements (ci-après UEP)³⁶ entre dix-sept États européens. Projet moins spontané que le projet communautaire³⁷, l'UEP était aussi plus modeste³⁸ et a eu un destin plus funeste. Elle s'est éteinte en 1958. Son remplacement avait été prévu dès 1955 par l'accord de Paris du 5 août³⁹, qui prit la suite de l'UEP le 27 décembre 1958. Son objectif était encore moins ambitieux⁴⁰ car, contrairement à la période précédente, l'accord intervient dans un contexte de rétablissement de la convertibilité des monnaies entre elles. Ce second système s'est éteint en 1972 avec l'adoption du serpent monétaire. Il ne faut pourtant pas sous-estimer l'UEP qui est, pour le Professeur Rossi, « *un pas important sur le long chemin qui mène à la création de la Banque centrale européenne* »⁴¹.

Malgré le silence du traité de Rome, la question monétaire a été réintroduite dans les débats, notamment par la Commission⁴². En réalité, ce sont les circonstances économiques qui ont dicté le rythme des initiatives monétaires. Ainsi, en 1962, suite à des dévaluations unilatérales des devises allemandes et néerlandaises, la Commission publiait un « *programme d'action de la Communauté en vue de la deuxième étape du marché commun* » qui prévoyait, à terme, une monnaie commune⁴³. La seule suite concrète donnée à cette initiative fut la création du premier organe propre aux questions monétaires : le comité des gouverneurs⁴⁴. Il est composé

³⁶ Dit UEP et issue de l'Accord européen des paiements, signé le 19 septembre 1950 qui prit effet, rétroactivement, le 1^{er} juillet de la même année. Il a été signé par la RFA, l'Autriche, la Belgique, l'Allemagne, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie (cependant, la Suisse n'adhèrera que le 1^{er} novembre 1950, sans effet rétroactif).

Sur l'UEP voir : ROSSI S., *Modalités d'institution et de fonctionnement d'une banque centrale supranationale – Le cas de la Banque centrale européenne*, Peter Lang, Bern, New York, 1997, 432 p., ici pp. 102-107 ; JAOUL M. & SCHLOESING O., « L'Union européenne des paiements », *Revue économique*, 1954, Vol. 5 n°2, p. 263-277 et PIODI F., *Le long chemin vers l'Euro*, Cahiers du CARDOC (Coordination ANTONA D.), 2012, 249 p., p. 15-17.

³⁷ L'UEP a été créée sous l'égide de l'Organisation européenne de coopération économique. Celle-ci fut fondée à la demande des États-Unis afin de gérer les fonds du plan Marshall. De même, l'UEP est issue d'une initiative de l'administration américaine. Voir ROSSI S., *Modalités d'institution et de fonctionnement d'une banque centrale supranationale*, précité, p. 102.

³⁸ Elle visait à « *faciliter, par un régime de paiements multilatéraux, le règlement de toutes les transactions entre les zones monétaires des Parties Contractantes* » (art. 2 de l'Accord européen des paiements, précité).

³⁹ Accord monétaire européen signé à Paris le 5 août 1955. Il a été signé par : la RFA, l'Autriche, la Belgique, le Danemark, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, la Suède, la Suisse et la Turquie.

⁴⁰ Il était basé sur un Fond européen chargé « *de fournir aux Parties Contractantes des crédits pour les aider à faire face à leurs difficultés temporaires de balance globale de paiements* » (*idem*, art. 2) et d'un système de règlement chargé de « *faciliter le règlement des transactions effectuées dans les monnaies et entre les zones monétaires des Parties Contractantes* » (*idem*, art. 8).

⁴¹ ROSSI S., *Modalités d'institution et de fonctionnement d'une banque centrale supranationale*, précité, respectivement p. 105 et 103. Certains parlent même à son égard d'« *un des fondements de l'unité monétaire européenne ultérieure* » (BOSSUAT G., « Questions sur l'identité monétaire européenne à travers les positions de Jean Monnet, Robert Triffin et Pierre Mendes France » in BUSSIÈRE E. & DUMOULIN M., *Milieux économiques et intégration européenne en Europe occidentale au XXe siècle*, Artois Presses Universités, Arras, 1998, pp. 105-113, ici p. 106).

⁴² Pour un historique détaillé de cette période voir LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, p. 10-22.

⁴³ Voir LOUIS J.V., *Du système monétaire européen à l'Union monétaire*, OPOCE, Luxembourg, 1989, 67 p., p. 7.

⁴⁴ Décision du Conseil, du 8 mai 1964, concernant la collaboration entre les banques centrales des États membres de la Communauté économique européenne (64/300/CEE), JO n° 77 du 21.5.1964, pp. 1206-1207.

des gouverneurs des Banques centrales des États membres, auxquels la Commission est associée. Ses prérogatives sont minces et il constitue surtout une instance de consultation⁴⁵. Alimentées par l'instabilité du marché des devises, les réflexions monétaires sont relancées par le rapport Barre de 1969⁴⁶. Dès 1969, le sommet de La Haye va alors confier à P. Werner⁴⁷, premier ministre luxembourgeois, le soin de réfléchir aux conditions de passage à l'Union économique et monétaire. Le comité rendra son rapport le 8 octobre 1970⁴⁸. Sur cette base, le Conseil et les chefs d'État ou de gouvernement ont adopté le 22 mars 1971 une résolution selon laquelle ils expriment « *leur volonté politique de mettre en place, au cours des dix prochaines années, une union économique et monétaire selon un plan par étapes débutant le 1^{er} janvier 1971* »⁴⁹.

Cependant, le projet communautaire est contingent et son évolution dépend beaucoup des circonstances. Ainsi, dans les années soixante-dix, l'intégration monétaire a évolué sous la pression des crises sur les marchés des changes. La priorité n'était alors plus à la création d'une monnaie unique mais à la stabilisation des devises. Lorsque, le 15 août 1971, le président américain R. Nixon annonce la fin de la convertibilité en or du dollar, il met ainsi, unilatéralement, fin au système monétaire international conçu à Bretton Woods. Cette fin annonce impose le passage à un système de changes flottants pour l'ensemble des monnaies internationales. Il s'en suit une réorganisation du système monétaire par les accords de Washington et la mise en place du « tunnel » entre les devises des États signataires⁵⁰. Les États membres des Communautés n'oublient pas leur décision de 1971 et la prolonge, un an plus tard, par une nouvelle résolution⁵¹. L'objectif cependant a changé, puisque la résolution évoque seulement : « *la formation d'une zone monétaire individualisée dans le cadre du système international* »⁵². En application de cette résolution les gouverneurs des Banques centrales ont signé, le 10 avril 1972, l'accord de Bâle. Ainsi naît le « serpent monétaire » au sein duquel les marges de fluctuations entre deux monnaies doivent être limitées à 2,25%. Il sera complété par la mise en place du Fonds européen de coopération monétaire dit

⁴⁵ Les consultations portaient sur « *les principes généraux et les grandes lignes de la politique des banques centrales* » et « *des échanges d'informations au sujet des principales mesures relevant de la compétence des banques centrales* », *idem*, art. 3.

⁴⁶ Communication de la Commission du 12 février 1969, « *Mémorandum de la Commission au Conseil sur la coordination des politiques économiques et la coopération monétaire au sein de la Communauté* », COM(69)150.

⁴⁷ Celui-ci avait déjà beaucoup réfléchi et s'était déjà exprimé, à de nombreuses reprises, en faveur de l'union monétaire (voir RÓDICA DANESCU E., « *Le "Comité Werner" : nouvelles archives* », *Histoire, économie & société*, 2011 n° 4, pp. 29-38).

⁴⁸ Rapport au Conseil et à la Commission concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire, JO n° C 136 du 11.11.1970.

⁴⁹ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres du 22 mars 1971 concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire dans la Communauté, JO n° C 28 du 27.03.1971, pp. 1-4.

⁵⁰ Accords (de Washington dit accords de la *Smithsonian Institution*) signés par les six États de la CEE, les États-Unis, le Japon, l'Angleterre et le Canada, le 18 décembre 1971.

⁵¹ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, du 21 mars 1972, relative à l'application de la résolution du 22 mars 1971 concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire dans la Communauté, JO n° C 038 du 18/04/1972, pp. 3-4.

⁵² Alors même que son intitulé porte sur l'UEM !

FECOM⁵³, chargé de gérer le fonctionnement du serpent monétaire, notamment les interventions sur les marchés⁵⁴. Le bilan de cet accord est jugé « *décevant* » et son objectif « *d'assurer une stabilité relative des monnaies de la CE, ne fut que partiellement atteint* »⁵⁵. Le serpent est alors remplacé par le système monétaire européen (ci-après SME), décidé par le Conseil européen, fin 1978⁵⁶. La principale nouveauté du SME est la création de l'Ecu⁵⁷. Il s'agit d'un panier de monnaie composé des différentes monnaies des États participants⁵⁸. Chaque monnaie nationale se voit fixer un cours pivot par rapport à l'Ecu. La monnaie peut, dès lors, fluctuer de 2,25% autour de ce pivot⁵⁹.

Ainsi, le projet d'union monétaire a toujours été présent dans les débats. La décision, prise à Maastricht, s'inscrit dans une lignée de projets divers et d'avancées pragmatiques qui ont ouvert la voie vers l'UEM. Le consensus reflété par le TCE est l'héritage de cette histoire monétaire européenne. En réalité, l'union monétaire était, quasiment, dans les gènes de la Communauté.

2) L'Union monétaire, une suite logique

Intuition quasiment prophétique d'E. Hass dans les années soixante, le *spill-over* est, avant d'être une conclusion théorique, une stratégie des pères fondateurs⁶⁰. Il est le résultat d'une démarche politique. La déclaration de Robert Schumann du 9 mai 1950 en témoigne⁶¹. Il en résulte la méthode dite des « petits pas » ou méthode Monnet, qui parie que l'intégration dans un secteur précis va s'étendre à d'autres secteurs et que la naissance de solidarités dans un domaine va conduire, pas à pas, à une union politique. Le préambule du traité de Rome en témoigne⁶². D'un point de vue économique, le raisonnement s'appuie sur les stades de l'intégration régionale, décrits par B. Balassa. Ils vont de la zone de libre échange à l'union

⁵³ Règlement 907/73/CE du Conseil, du 3 avril 1973, instituant un Fonds européen de coopération monétaire, JO n° L 89 du 5.4.1973, pp. 2-5. Pour une étude détaillée voir LOUIS J.-V., « Le fond européen de coopération monétaire », *CDE*, 1973 n° 3, pp. 255-297.

⁵⁴ *Idem*, art. 2.

⁵⁵ ROSSI S., *Modalités d'institution et de fonctionnement d'une banque centrale supranationale*, précité, p. 110. Les monnaies ont connu de fortes turbulences et de nombreuses dévaluations durant les sept années de fonctionnement du serpent (voir PIODI F., *Le long chemin vers l'Euro*, précité, pp. 28-29).

⁵⁶ Le Conseil européen de Brème des 6 et 7 juillet 1978 dresse les grandes lignes du nouveau mécanisme adopté par le Conseil européen de Bruxelles de 4 et 5 décembre 1978

⁵⁷ Voir l'article 2 de la résolution du Conseil européen du 5 décembre 1978 concernant l'instauration du système monétaire européen et des questions connexes.

⁵⁸ La résolution instaure ensuite un mécanisme de change et d'intervention, *idem*, article 3.

⁵⁹ Au-delà, une intervention doit être réalisée. La résolution prévoyait à son article 4 des mécanismes de crédit. J.-V. Louis constate qu'ils n'ont quasiment pas été utilisés et que les banques centrales ont préféré les accords bilatéraux, LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 22.

⁶⁰ Sur cette distinction, voir SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation*, Bruylant, Bruxelles, 1989, 305 p., et plus précisément pp. 47-48.

⁶¹ Notamment, lorsqu'il déclare « *L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait* ».

⁶² Il reprend quasiment mots pour mots la Déclaration Schuman et précise que les Chefs d'États signataires sont « *Conscients que l'Europe ne se construira que par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait, et par l'établissement de bases communes de développement économique* ». Encore aujourd'hui l'idée « *d'Union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe* », contenue dans le préambule du Traité instituant l'Union européenne, démontre que cette logique n'a pas disparu des consciences.

économique et monétaire dans une logique incrémentale⁶³. Ainsi, en s'inscrivant dans la perspective de l'intégration économique régionale, le traité de Rome ouvre la voie à l'union monétaire conçue comme son prolongement.

Cette logique a été reprise par E. Haas qui parle alors de *spill-over* pour témoigner de la « *logique expansive de l'intégration sectorielle* »⁶⁴. Il démontre la validité du principe de l'intégration économique régionale en matière politique⁶⁵. Ainsi, pour l'école néofonctionnaliste, dont E. Haas est le fondateur, l'intégration économique sectorielle est par nature auto-entretenu et l'intégration dans un secteur mènera inexorablement à l'intégration dans d'autres secteurs connexes⁶⁶ jusqu'à une union politique⁶⁷. L'évolution de l'intégration et sa stagnation, apparente dans les années soixante-dix, ont été vues comme des signes de l'échec de cette école⁶⁸. Ainsi, l'union monétaire ne s'est pas faite dans la foulée des traités de Rome mais a dû attendre plus de 35 ans. Le néofonctionnalisme a ainsi pêché par excès d'ambition et notamment parce qu'il postulait l'automatisme du *spill-over*⁶⁹. Cependant, l'intuition selon laquelle l'intégration se doit de progresser reste valable⁷⁰.

⁶³ Voici les cinq stades (voir BALASSA B., *The theory of economic integration*, Irwin, Homewood, 1961, 304 p.) :

- la zone de libre échange, qui se caractérise par une suppression des barrières douanières entre les États membres ;
- l'union douanière où la zone de libre échange est complétée par un tarif douanier extérieur commun ;
- le marché commun où l'union douanière se double d'une libre circulation des facteurs de production ;
- l'union économique où le marché commun est approfondi par une coordination des politiques économiques nationales et
- l'union économique et monétaire qui comporte, en plus de l'union économique une monnaie commune.

Sur ce thème voir le Chapitre IV « Les Communautés européennes dans le continuum de l'intégration économique régionale internationale » de SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation*, Bruylant, Bruxelles, 1989.

⁶⁴ « *The expansive logic of sector integration* », Nous nous référerons ici à la réédition qui en a été faite en 2004 : HAAS E.B., *The Uniting of Europe*, Stanford California, Stanford University Press, 1958, réédition, Notre Dame Indiana, University of Notre Dame Press, 2004, 552 p., ici p. 283.

⁶⁵ « *The "spill-over" effect in sector integration is believed to lead inevitably to full economic unity. If this causal juxtaposition seems self-evident to the economist, the political study of changes in attitude would seem to give support to this conclusions* », ibidem.

⁶⁶ Philippe C. Schmitter résume ainsi le phénomène : « *Spill-over refers, then, to the process whereby members of an integration scheme – agreed on some collective goals for a variety of motives but unequally satisfied with their attainment of these goals – attempt to resolve their dissatisfaction either by resorting to collaboration in another, related sector (expanding the scope of the mutual commitment) or by intensifying their commitment to the original sector (increasing the level of mutual commitment) or both* », SCHMITTER P.C., « Three Neo-Functional Hypotheses About International Integration », *International Organization*, 1969, Vol. 23 n°1, pp. 161-166, ici p. 162.

⁶⁷ Voir, HAAS E.B., *The Uniting of Europe*, précité, p. 16.

⁶⁸ « *Despite the richness of its insights, neo-functionalism is today widely regarded as having offered an unsatisfactory account of European integration. The most widely-cited reason is empirical: neofunctionalism appears to misread both the trajectory and the process of EC evolution* », MORAVCSIK A., « Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach », *JCMS*, 1993, Vol. 31 n°4, pp. 473-525, ici pp. 475-476.

⁶⁹ Voir, SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation*, précité, p. 47.

La doctrine néofonctionnaliste s'est tournée, dans les années 70 vers l'intégration régionale en général (aidée par les exemples sud américains) et a élaboré des modèles complexes détaillant les conditions dans lesquelles l'intégration peut s'approfondir (voir NYE J.S., « Comparing Common Markets: A Revised Neo-Functionalist

D'un point de vue économique comme politique, le passage à l'union monétaire est conçu comme l'approfondissement du marché commun devenu marché unique. Le texte même des différents projets successifs le montre⁷¹. Pour le rapport Barre⁷², comme pour le rapport Werner⁷³, l'union monétaire est la suite logique du projet d'intégration économique. De même, quasiment vingt ans après, le rapport Delors renoue, dans ses formulations, avec la logique du *spill-over*⁷⁴. C'est dans cette optique que se trouvait la Commission qui voyait dans l'union monétaire une étape indispensable du marché commun. Ainsi, en 1990, elle publiait une étude dont le nom résume tout : « *Un marché, une monnaie* », démontrant les bienfaits économiques de la monnaie unique⁷⁵. Le débat sur l'union monétaire se situe dans le contexte de la relance du marché dont elle peut être vue comme l'aboutissement et la condition de la réussite. W. Sandholtz y voit alors une illustration du *spill-over*⁷⁶. Même si les

2

Model », *International Organization*, 1970, Vol. 24 n°4, pp. 796-835 et SCHMITTER P.C., « Neofunctionalism » in WIENER A. & DIEZ T. (dir), *European Integration Theory 1st Edition*, Oxford University Press, 2004, Oxford, pp. 45-74).

⁷⁰ Pour Ben Rosamond, il reste « *a still salient toolkit for EU studies* » mais évoque : « *the reorientation of neofunctionalism as a theory of 'background condition'* » ROSAMOND B., « The uniting of Europe and the foundation of EU studies: revisiting the neofunctionalism of Ernst B. Haas », *JEPP*, 2005, Vol. 12 n°2, pp. 237-245, ici p. 238 et 249.

⁷¹ Voir, sur ce thème MICHEL, V., « L'Union économique et monétaire ; approfondissement de la constitution économique communautaire » in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 201-219 et plus précisément p. 204.

⁷² Les mots employés dans le rapport sont particulièrement frappants et rappellent cruellement l'actualité : « *La Communauté ne peut donc s'arrêter au point où elle est aujourd'hui parvenue. Ou bien, sous la pression de forces divergentes qui se manifestent déjà, la Communauté laissera paradoxalement se distendre son unité, au moment où l'union tarifaire est réalisée au prix de grands efforts et où l'essor du progrès technologique accroît constamment les avantages d'un vaste marché unique. Ou bien, en parvenant, dans le cadre des institutions existantes à obtenir une convergence suffisante des politiques économiques nationales, la Communauté consolidera et accroîtra, à l'avantage de tous les pays membres, les résultats obtenus, en vue d'un développement plus rapide et d'une allocation plus efficiente des ressources disponibles* », Communication de la Commission du 12 février 1969, « Mémoire de la Commission au Conseil sur la coordination des politiques économiques et la coopération monétaire au sein de la Communauté », COM(69)150, §7.

⁷³ « *L'expérience des dernières années a clairement montré que de tels déséquilibres sont susceptibles de compromettre sérieusement l'intégration réalisée dans le domaine de la libération des mouvements des biens, des services et des capitaux* », Rapport au Conseil et à la Commission concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire, JO n° C 136 du 11.11.1970, p. 8. Ensuite, le rapport estime que : « *L'union économique et monétaire apparaît comme un ferment pour le développement de l'union politique dont elle ne pourra, à la longue, se passer* », *idem*, p. 13.

⁷⁴ Ainsi, « *Le processus d'intégration exige donc même dans le cadre des accords de change existants, une coordination plus efficace des politiques, non seulement dans le domaine monétaire, mais aussi dans ceux de la gestion économique nationale* », Rapport sur l'Union économique et monétaire dans la Communauté européenne, 12 avril 1989, § 12.

⁷⁵ European Commission, *One market, one money – European Economy 1990*, 347 p.. Elle y détaille les coûts et les bénéfices de la monnaie unique et conclut que « *the economic case becomes strongly advantageous. Political union objectives may further be added. But the case stands powerfully on economic criteria alone* » (p. 29).

Sur ce thème, voir KAUFFMANN P., « L'euro et la construction européenne » in *Les dynamiques du Droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de J.-C. Gautron*, Pedone, Paris, 2004, pp. 395-419 et plus précisément, pp. 396-405.

⁷⁶ SANDHOLTZ W., « Choosing union: monetary politics and Maastricht », *International Organization*, 1993, Vol. 47 n° 1, pp. 1-39, plus précisément pp. 19-23.

Voir aussi : CAMERON R.D., « Creating a Supranational Authority in Monetary and Exchange-Rate Policy: The Sources and Effects of EMU » in STONE SWEET A. & SANDHOLTZ W. (dir), *European integration and supranational governance*, London, Oxford University Press, 1998, pp. 188-216, ici p. 216 : « *the EMU {Economic and Monetary Union} has represented, since its conception in the late 1960s, a mean of resolving inherent tension that occurs when states that retain such essential attributes of sovereignty as national currencies and pursue distinctive monetary and exchange rate policies to seek to create and extend a single internal market among their increasingly interdependent economies* » .

conditions sont réunies pour une avancée de l'intégration, voire l'exigent, les États n'y sont pas toujours prêts. Ainsi, pour l'union monétaire, il a fallu que les marchés les dépouillent d'une grande partie de leur souveraineté monétaire pour qu'ils acceptent le passage à l'UEM.

B. *La perte par les États de leur souveraineté monétaire*

En 1975, le rapport Marjolin estimait que ce sont surtout « *les réticences face au transfert de compétence (ou de souveraineté) qui ont fait échouer le premier plan par étapes* » vers une union monétaire⁷⁷. C'est uniquement lorsque les États ont réalisé qu'ils avaient perdu cette souveraineté que l'union monétaire a été possible. Or, pour le Professeur Carreau : « la "souveraineté monétaire" de l'État a quitté le monde des réalités pour rejoindre celui des mythes »⁷⁸. Cette érosion est venue à la fois de l'intérieur, de l'extérieur et de l'Europe.

De l'intérieur, il faut comprendre le rôle central pris par les banques dans la création monétaire. Cette dernière n'est plus l'apanage de l'État, qui se limite à frapper la monnaie fiduciaire⁷⁹, mais appartient aussi aux banques qui, par le biais du crédit, peuvent créer de la monnaie scripturale⁸⁰. Comprendre ce fait impose de s'interroger sur la définition juridique de la monnaie. Or, celle-ci fait débat. Pour F. A. Mann, la monnaie se distingue par son caractère de moyen de paiement universel que lui confère l'État. En cela, elle participe de sa souveraineté. Ainsi, pour l'auteur, les comptes en banques représentent des dettes et non de la monnaie, en raison de leur incapacité à éteindre directement une dette⁸¹. La même vision est défendue par le Doyen Carbonnier⁸². Elle s'oppose traditionnellement à la vision sociologique de la monnaie défendue par le Professeur Nussbaum. Pour l'auteur, « *la monnaie (...) a sa valeur propre indépendante de celle de ses matériaux et qui résulte du processus psychologique de groupe* », à savoir la reconnaissance universelle d'un bien comme monnaie⁸³. La première vision est un prisme déformant qui ne permet pas une réelle

⁷⁷ Cité par LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 21.

⁷⁸ CARREAU D., « La souveraineté monétaire et l'État à la fin de XXe siècle : mythe ou réalité » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 491-506, ici p. 496.

⁷⁹ Seule une partie lui revient, « *Le droit de battre monnaie est l'apanage exclusif de l'État moderne* », CARREAU D., « Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les acteurs privés » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 399-407, ici p. 399.

⁸⁰ Une telle vision est aisément acceptée par les économistes : « *la spécificité des banques est celle d'être les instituts d'émission des paiements – donc de la monnaie – car seules les banques peuvent émettre le moyen de paiement final entre les agents hors banques* », ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, Schulthess, Bruylant, LGDJ, 2008, 481 p., ici p. 68

⁸¹ « *Bank accounts, for instance, are debts, not money* », *idem*, p. 5.

⁸² Pour lui « *l'essence de la monnaie (...) est d'être un pouvoir d'achat indifférencié : c'est un bien en échange duquel il est possible d'acquérir indifféremment toute sorte de biens* (CARBONNIER J., *Droit civil Les biens Les obligations (Tome 2)*, précité, p. 1553). De ce point de vue, ne se conçoit comme monnaie que ce qui peut s'échanger directement contre un autre bien et permettre l'extinction immédiate de la dette. Seule la monnaie fiduciaire – les pièces et billets – ont ces qualités⁸². La monnaie scripturale, à savoir « *des moyens de paiement qui consistent en des jeux d'écriture (d'où le nom)* » (*idem*, p. 1553), n'en fait pas partie car l'extinction de la dette ne se fait pas instantanément mais doit attendre le jeu d'écriture. Voir aussi CARBONNIER J., « Conclusion générale » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 525-522.

⁸³ NUSSBAUM A., *Money in the Law*, précité : « *money (...) has a value of its own independent of the value of its components and resulting from the group psychological process which we mentioned* » (p. 8). L'auteur illustre avant ce processus psychologique : « *"dollar" is the name for a value which, at any definite moment, is*

appréhension de la nature actuelle de la monnaie⁸⁴. Cette vision étroite de la monnaie – que l'on pourrait qualifier de « micro-juridique » – est plus proche des préoccupations des juristes de droit privé⁸⁵ et s'oppose à une vision large de la monnaie incluant la monnaie scripturale et donc le crédit. Ainsi, de nombreux auteurs s'accordent pour reconnaître la qualité des banques comme créatrices de monnaie : « *la monnaie dans ses représentations les plus récentes est autant un instrument de crédit qu'un instrument de paiement* »⁸⁶ ; certains estimant même que « *la notion de compte peut être appelée à remplacer celle de monnaie* »⁸⁷. D'ailleurs, pour évoquer cette vision large de la monnaie, c'est le concept de masse monétaire qui est utilisé⁸⁸. La politique monétaire des États consiste, depuis longtemps, à contrôler la masse monétaire⁸⁹. Or, ce contrôle a été rendu encore plus difficile dans les années quatre-vingt par un double mouvement de dérégularisation financière et d'internationalisation des marchés financiers. Les innovations financières ont rendu la frontière entre les instruments monétaires et les instruments financiers beaucoup plus poreuse, limitant un peu plus l'emprise de l'État sur la monnaie.

Ces mouvements ont rendu plus difficile l'exercice par l'État de sa souveraineté monétaire. La fin de l'accord de Bretton Woods en a scellé le déclin. Une nouvelle fois, D. Carreau porte un jugement sans détours : « *une monnaie pleinement convertible cesse d'être uniquement nationale ; elle devient internationale et privatisée* »⁹⁰, d'où le développement des eurodevises, ces monnaies qui s'échangent sans aucun lien avec le pays d'émission⁹¹. Avec la

2

understood in the same sense throughout the community, and since goods and services are evaluated in terms of the dollar, that unit is a measure or standard of value », p. 6.

⁸⁴ Pour D. Carreau « *il convient de se détacher de la théorie juridique classique, étatique de la monnaie* », CARREAU D., « Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés) », précité, p. 366. La vision sociologique permet d'embrasser cette réalité à partir du moment où on estime que les moyens de paiement modernes par lesquels transitent les paiements sont acceptés par tous.

⁸⁵ Sur ce thème, voir le raisonnement du Professeur Burdeau : « *il appartient au juriste de droit privé de s'interroger avec rigueur sur la spécificité de la notion de monnaie, sur son régime juridique et sur son originalité par rapport aux instruments de crédit.* », *idem*, p. 224.

⁸⁶ KAHN P., « Préface », in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 9-12, ici p. 10. De même, pour D. Carreau : « *Cette monnaie scripturale est le produit direct de l'octroi de crédits aux agents économiques* », CARREAU D., « Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés) », précité, p. 366.

⁸⁷ FARJAT G., « La nature de la monnaie, approche juridique » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 101-133, ici p. 103. Il précise pourquoi : « *Le caractère de plus en plus abstrait de la monnaie, le rôle de l'électronique, les mutations successives et rapides des statuts juridiques, font que la notion de compte peut être appelée à remplacer celle de monnaie, dont on se dit qu'après tout elle a toujours été une créance* », *ibidem*.

⁸⁸ Sur cette notion, voir *infra* Titre 2 de la Première partie.

⁸⁹ Sur ce thème, voir ALFANDARI E., « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 134-153.

⁹⁰ CARREAU D., « La souveraineté monétaire et l'État à la fin de XXe siècle : mythe ou réalité », précité, p. 499.

⁹¹ « *D'une manière générique, lorsqu'une monnaie est détenue et utilisée hors de son lieu d'émission et de son aire de circulation légale, il est convenu de la qualifier d'euro-monnaie ou euro-devise. Ceci ne signifie nullement qu'elle est possédée par un Européen : cela veut seulement dire qu'elle fait l'objet de transactions en dehors du territoire du pays émetteur* », CARREAU D., « Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les acteurs privés », précité, p. 402 et du même auteur « Le système monétaire international privé (UEM et

liberté de circulation des capitaux, l'État réussit de moins en moins à contrôler la masse monétaire⁹². Le résumé de l'auteur est net et sans ambiguïtés : « *une monnaie rendue pleinement convertible par l'État émetteur se trouve privatisée. Cette privatisation des monnaies nationales, si elle est bien la marque de la souveraineté monétaire des États émetteurs, porte également la marque de son anéantissement* »⁹³. Ce mouvement affecte non seulement la possibilité pour les États de mener une réelle politique de change mais aussi leur capacité à mener en interne une politique monétaire⁹⁴.

Ensuite, l'ouverture des frontières entre les pays des Communautés augmenta la pression sur leur souveraineté monétaire. Ainsi, le Professeur Louis estimait, avant l'avènement de la monnaie unique que, « *Le grand marché fait éclater ce qui peut rester d'illusion dans l'esprit des auteurs, des responsables de la politique monétaire (...). Le grand marché ne se fera pas s'il n'y a pas à long terme une union monétaire* »⁹⁵. L'exemple le plus typique de cette pression est le développement de l'écu privé. Ce panier de monnaie utilisé pour le SME, mais aussi comme unité de compte au sein des Communautés, a été repris par des acteurs privés. Il est alors devenu une « *Monnaie issue de la "demande" des acteurs économiques* »⁹⁶. Création spontanée des marchés, l'Ecu privé a même reçu, dans certains États membres, le statut de devise⁹⁷. Son existence même démontre le besoin d'une monnaie commune au grand marché et la capacité des acteurs privés à limiter la souveraineté monétaire des États.

Enfin, l'évolution du SME dans les années quatre-vingt est le signe ultime de cette perte de souveraineté et l'un des déterminants politiques du passage à la monnaie unique. En raison du poids du Mark dans la composition de l'Ecu et de la crédibilité de la politique monétaire de la Bundesbank, le SME était devenu quasiment une zone Mark où le poids de la monnaie allemande était déterminant⁹⁸. Ainsi, la France et d'autres États voyaient dans la monnaie

2

Euromarchés) », précité. Sur ce thème, voir, aussi BURDEAU G., « Internationalisation des monnaies et souveraineté des États » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 409-424

⁹² CARREAU D., « Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les acteurs privés », précité, pp. 405-406. Voir aussi

⁹³ *Idem*, p. 407.

⁹⁴ Voir, *idem*, pp. 405-406.

⁹⁵ LOUIS J.-V., « Discussion » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 196-197. Voir aussi, CARREAU D., « La souveraineté monétaire et l'État à la fin de XXe siècle : mythe ou réalité », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 491-506, ici p. 502.

⁹⁶ LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire » in LOUIS J.-V., SÉCHÉ J.C., WOLFCARIUS M., MARGELLOS T. & MARCHIPONT J-F., *Union économique et monétaire, Cohésion économique et sociale, politique industrielle et technologie européenne – Commentaire Mégret*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, pp. 20-166, ici p. 128.

Sur les problèmes soulevés par l'utilisation privée de l'Ecu voir LOUIS J.-V. & de LHONEUX E., « The development of the use of the ECU: legal aspects », *CMLR*, 1991 Vol. 28, pp. 335-359.

⁹⁷ *Ibidem*. Voir aussi, BROWN J.T., « L'utilisation privée des monnaies composites », in KAHN P. (coordinateur), *Droit et monnaie. État et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 255-271.

⁹⁸ Voir, SANDHOLTZ W., « Choosing union: monetary politics and Maastricht », précité, pp. 27-30 et PISANIFERRY J., *Le réveil des démons – La crise de l'euro et comment nous en sortir*, Fayard, Paris, 2011, 220 p., pp. 31-34.

unique un moyen de rééquilibrer la situation leur faveur⁹⁹. L'union monétaire n'apparaît donc plus comme une atteinte à la souveraineté des États mais, au contraire, comme une potentialité pour eux de recouvrer une part de contrôle sur la monnaie. D'autant que, en tant que suite logique du projet européen, une monnaie unique est porteuse de bénéfices qu'ils ne pouvaient ignorer. Cependant, il fallait aussi trouver un arrangement pour gérer ensemble cette nouvelle monnaie.

§.2 - Le consensus sur les modalités de l'Union monétaire

Il ne suffisait pas de réaliser un consensus sur les bienfaits d'une monnaie unique. Un tel changement exige beaucoup plus. Il impose de savoir comment sera gérée la monnaie unique une fois qu'elle remplacera les monnaies nationales. Un accord a donc dû émerger sur les objectifs (A) et les structures institutionnelles de la monnaie unique (B).

A. *Le consensus sur l'objectif de la politique monétaire : la stabilité des prix*

Le traité de Maastricht officialisait la naissance d'un consensus pragmatique, né dans les années quatre-vingt sur la stabilité des prix comme objectif principal assigné aux banques centrales dans leur gestion de la monnaie. Il se double d'une forte indépendance accordée aux institutions monétaires. Une telle convergence était indispensable car l'Allemagne n'aurait jamais accepté le passage à la monnaie unique, sans cette convergence autour de ces dogmes inscrits dans sa constitution¹⁰⁰, mais aussi dans son histoire.

Les années soixante-dix ont été marquées par une forte inflation dans tous les pays développés. Engendrée par les crises pétrolières du début de la décennie, l'inflation n'a pu être maîtrisée que dix ans après. Ainsi, en 1974 et 1975, beaucoup de pays connaissent des records d'inflation, parfois à deux chiffres¹⁰¹. En 1979 elle était de 8% en moyenne dans les grands pays de l'OCDE¹⁰². La décennie suivante a alors été marquée par une volonté politique de lutter contre la hausse des prix¹⁰³, notamment au moyen de la politique monétaire¹⁰⁴. Ainsi, l'inflation des années soixante-dix a fait émerger, au niveau des États, un consensus sur la nécessité de la stabilité monétaire.

⁹⁹ « *the drive for monetary union resulted from a decision by the French first, and supported by other countries, that a greater voice un EMU {UEM} would be preferable to continue German dominance in the EMS {SME} »*, *idem*, p. 30.

¹⁰⁰ Aujourd'hui à l'article 88 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

¹⁰¹ En 1974, elle était de 14% en France et de 7 % en Allemagne. En 1975, elle atteignait 23% en Irlande et 10% aux Pays-Bas (voir BEZBAKH P., *Inflation et désinflation*, 6^{ème} Ed., La découverte, Paris, 2011, 125 p., ici p. 16).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Voir, SANDHOLTZ W., « Choosing union: monetary politics and Maastricht », précité, pp. 5-15.

¹⁰⁴ Voir, FLOUZAT SOMONT D'AURILLY D., « Le concept de banque centrale », précité, p. 83 voir aussi AGLIETTA M., « Genèse des banques centrales et légitimité de la monnaie », précité, pp. 694-695.

Il a été renforcé par deux mouvements¹⁰⁵. En premier lieu, la doctrine économique converge autour de la nécessité de la stabilité des prix et démontre que l'indépendance des banques centrales en est la clé¹⁰⁶. L'autonomie de l'institution monétaire, face au pouvoir politique, est présentée comme la seule garantie possible pour lutter efficacement contre l'inflation. Le pouvoir politique serait trop enclin à utiliser cette variable à des fins électoralistes. Il faut alors retirer la politique monétaire de son giron afin de la confier à une institution indépendante et ainsi garantir sa neutralité et sa crédibilité face au marché. Ce dogme naissant confirme l'expérience allemande où l'indépendance de la Bundesbank, garantie dans la Loi fondamentale, a assuré une hausse des prix, limitée depuis la fin de la seconde guerre mondiale.

En second lieu, le consensus se confirme au sein du Comité des gouverneurs. Dès 1964, les gouverneurs des BCN de la Communauté s'y réunissent régulièrement. Ils développent une communauté de pensée au sein de laquelle la stabilité des prix et l'indépendance sont partagées comme étant des valeurs fondamentales. Au niveau institutionnel, les vingt-cinq années de fonctionnement du comité des gouverneurs ont conduit à l'émergence d'un accord, entre eux, sur deux traits cardinaux pour la politique monétaire : l'indépendance et la stabilité des prix¹⁰⁷. Leur poids institutionnel dans la confection des dispositions institutionnelles, a permis de relayer ce consensus au niveau gouvernemental, où il était déjà amplement partagé. Leur unanimité sur la nécessité de l'indépendance des banques centrales a fait fléchir les derniers États sceptiques sur ce point¹⁰⁸. L'indépendance est la première caractéristique de la structure institutionnelle de la monnaie unique. Il fallait ensuite trouver une architecture efficace et acceptable par tous.

B. Le consensus sur les institutions de l'Union monétaire

Bien qu'écornée, la souveraineté monétaire des États restait un domaine important. Il fallait alors qu'elle soit exercée de manière à ce qu'ils ne s'en dépouillent pas totalement. Un rapide détour vers les théories de la souveraineté éclaire cette question. La doctrine relative à l'union monétaire est divisée. Pour certains, les États ayant adopté la monnaie unique ont renoncé à

¹⁰⁵ « *There would be no consensus about the primary mission of the central bank if countries had not experienced first hyperinflation and then successful monetary management by a stability-oriented and independent central bank* », PADOA-SCHIOPPA T., « Eurosystem: new challenges for old missions », 15 avril 1999

(Il s'agit là d'un discours prononcé par un membre de l'Eurosystème. Leurs discours seront cités ainsi, **le nom de l'auteur, celui du discours et la date**. Les références afin d'accéder à ces discours sont précisées en bibliographie).

¹⁰⁶ Voir Chapitre 1 du Titre 2 de la seconde Partie.

¹⁰⁷ Ils formaient alors une « *communauté épistémique* » dont les membres partageaient des points de vue et des convictions sur les valeurs et principes fondamentaux de la politique monétaire et étaient en mesure de faire passer leurs messages au niveau politique », SCHELLER H.K., « Le Comité des gouverneurs des banques centrales de la CEE et l'unification monétaire européenne », *Histoire, économie & société*, 2011 n° 4, pp. 79-99, ici p. 96.

¹⁰⁸ « *Les points de vue unanimes et fermement défendus des gouverneurs des banques centrales contribuèrent à résoudre le conflit créé par le concept d'indépendance des banques centrales pour la doctrine de l'indivisibilité de l'État, qui était défendue par certains États membres de la Communauté* », *idem*, p. 97.

cette part de leur souveraineté¹⁰⁹. Inversement, le Professeur Martucci estime que cette décision reflète seulement leur volonté d'exercer en commun une souveraineté qu'ils conservent¹¹⁰. Le débat sous-jacent est celui de la souveraineté de l'État conçue comme indivisible. Posé en ces termes, il n'a pas d'issue et se réduit à une querelle de langage et de définitions¹¹¹. Une approche plus pragmatique s'impose pour comprendre la nature du phénomène d'intégration¹¹². Le Professeur Soldatos constate que « *la souveraineté se dirige vers l'intégration sous la pression des impératifs contemporains pour éviter de tomber, définitivement, dans l'impuissance de ceux qui refusent en bloc le progrès, l'évolution, la modernité, les lois des grands ensembles* »¹¹³. La souveraineté se restreint sous l'influence de l'ouverture progressive des frontières et des marchés¹¹⁴.

Tel est le destin actuel de la souveraineté. Pour rester effective, elle doit se dépouiller de certains de ses attributs, comme ce fut le cas en matière monétaire. Ainsi, les États ont transféré une compétence monétaire à l'Union par un « *processus "irréversible"* »¹¹⁵. Il est inopérant de se demander qui est à présent le détenteur de la souveraineté monétaire. Le Professeur Zoller invite à se détacher de cette idée et à se tourner vers celle de fédération, qu'elle étudie à partir de l'exemple américain, pour mieux comprendre l'Union¹¹⁶. « *Dans une*

¹⁰⁹ « *Le 1^{er} janvier 1999, 11 des 15 États constituant alors l'Union européenne renoncent à leur souveraineté monétaire au profit de la Communauté européenne* » ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale » in JOUNO T. (dir), *Questions européenne Le droit et les politiques de l'Union*, PUF, Paris, 2009, pp. 601-642, ici p. 603.

¹¹⁰ « *Les États membres de l'Union européenne sont titulaires de la souveraineté monétaire celle-ci étant entendue comme puissance suprême. En créant l'euro, ils ont décidé d'exercer en commun les pouvoirs qui composent la souveraineté monétaire* », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, Thèse dactylographiée (version mise à jour en vue de publication), Université Paris I, 777 p., ici p. 15.

¹¹¹ Ainsi, en précisant que « *Si la souveraineté n'est pas une chose, ni une puissance réelle, mais le degré d'une puissance juridique, elle ne résulte d'aucun texte et d'aucune norme* » le Professeur Troper peut conclure que : « *Dire que les États sont souverains, c'est seulement dire qu'ils sont des États ou encore qu'ils n'ont pas de supérieur, que la norme la plus élevée d'un ordre juridique national n'est fondée sur aucune autre norme, qu'ils ont qualité pour exercer ou déléguer des compétences. A cet égard, la vieille théorie de la souveraineté est intacte* » (p. 136). L'impact de l'Union européenne peut alors être réduit et limité : « *l'atteinte ne porte que sur les conditions d'exercice et non sur la souveraineté elle-même* » (p. 129). TROPER M., « L'Europe politique et le concept de souveraineté » in BEAUD O., LECHEVALIER A., PERNICE I. & STRUDEL S., *L'Europe en voie de Constitution – Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 117-137 (voir aussi, LEBEN C., « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n° 14 pp. 61-72 ; MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », ADE, 2004 Volume II, pp. 105-118).

¹¹² G. Burdeau estime qu' « *Il n'y a pas lieu ici de reprendre le vaste et vain débat sur la question de savoir si l'euro a représenté pour les États participants une perte de souveraineté* », BURDEAU G., « L'Euro et l'évolution du droit international monétaire » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 473-489, ici p. 474.

¹¹³ SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, Bruylant, Bruxelles, 1989, 305 p, ici p. 26.

¹¹⁴ « *la souveraineté se dilue de plus en plus, dans un système économique dont les entités de décision s'éloignent progressivement du pouvoir politique, et même, pour bien des cas, du système national, déménagent souvent à l'étranger, là où les attire la concentration des forces économiques. Le pouvoir technocratique, d'une part, économique (interne et international), d'autre part, grignote, tous les jours un peu plus, les pouvoirs souverains des représentants du peuple* », *idem*, pp. 19-20.

¹¹⁵ CONSTANTINESCO V. & MICHEL V., *Compétences de l'Union européenne*, Répertoire Dalloz Droit Communautaire, pt. 147.

¹¹⁶ ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel – Contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, pp. 39-166. Elle évoque : « *les conséquences inéluctables de l'impossibilité de la pensée continentale européenne de concevoir la souveraineté autrement qu'incarnée dans l'État* », p. 63.

fédération d'Etats, ce n'est pas comme dans l'État unitaire, le gouvernement central qui dispose de la plénitude et de l'exclusivité de la compétence, mais l'ensemble indivisible formé par la réunion du gouvernement fédéral et des États membres considérés comme constituant une fédération ou une union »¹¹⁷. Une telle conception permet de voir que la souveraineté monétaire n'est plus aux mains des Etats, mais pas non plus entre celles de l'Union. Elle est détenue par une globalité qu'ils constituent entre eux. Les structures institutionnelles de l'union monétaire devaient donc permettre une intégration des États membres mais tout en préservant le processus d'intégration. La méthode communautaire et ses évolutions offraient pour cela un cadre idéal (1) qui a pu être adapté au domaine monétaire par l'apport essentiel des gouverneurs des BCN (2).

1) Les modalités d'intégration des États membres au sein de l'Union monétaire

Pour comprendre les déterminants institutionnels du passage à la monnaie unique, il faut saisir les rapports entre les États et la Communauté dans une perspective dynamique. Pour cela, les travaux du Professeur Weiler dans son article « *The transformation of Europe* »¹¹⁸ sont fondamentaux. L'intégration repose sur un équilibre entre *Voice* et *Exit*¹¹⁹ dont le jeu mutuel est à somme nulle. Par *Voice*, il entend la place et l'importance des États membres au sein du processus de décision, représentés par le déroulement du processus politique. L'*Exit* recouvre la possibilité pour les États membres de quitter les Communautés¹²⁰. Cette possibilité étant inenvisageable, il introduit la notion de « *selective exit : la pratique par laquelle les États restent membres mais cherchent à contourner leurs obligations issues des traités* »¹²¹ qui se retrouve dans la structure de l'ordre juridique communautaire. Il découpe l'évolution de cet équilibre en trois phases, qui seront rappelées succinctement ici. Durant la première phase, allant de 1958 au milieu des années soixante-dix, les capacités d'*exit* diminuent sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de justice. En réaction, les États membres ont cherché à s'assurer la plus grande maîtrise du processus de décision par le biais du compromis de Luxembourg des 15 et 16 janvier 1966 et la création du COREPER et du Conseil européen¹²². La seconde phase, de 1973 au milieu des années quatre-vingt, se caractérise par une extension des compétences des Communautés sous l'effet de la jurisprudence de la Cour et de la volonté des

¹¹⁷ *Idem*, pp. 64-65.

Sur le même thème mais dans une perspective critique sur les modalités d'adoption française du traité de Maastricht, voir BEAUD O., « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht – Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, Vol. 0 n° 6, pp. 1045-1068 (sur la souveraineté monétaire, p. 1053).

¹¹⁸ WEILER J.H.H., « The transformation of Europe » in *The Constitution of Europe, do the new clothes have an emperor*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 10-101. Il a été publié pour la première fois au *Yale Law Journal*, 1991, Vol. 100 n°8, p. 2403. Nous renverrons à l'édition de 1999, mise à jour.

¹¹⁹ Il emprunte cette notion à A. Hirschman, *idem*, p. 17 note 19.

¹²⁰ « *a relationship – complex at times – between Community legal structure (constitutionalism, normative supranationalism, "Exit") and Community political process (institutionalism, decisional supranationalism, "Voice")* » *idem*, p. 96.

¹²¹ « *the practice of the Member States of retaining membership but seeking to avoid their obligation under the Treaty* », *idem*, p. 18.

¹²² Voir *idem*, pp. 34-36.

États d'échapper aux contraintes de la démocratie parlementaire. La troisième phase est celle de la rupture de l'équilibre.

Avec l'Acte unique, le passage à la majorité qualifiée – exigé car l'excès de *Voice* des États trop coûteux en termes de temps et d'efficacité – permet d'appliquer aux États des législations qu'ils n'ont pas soutenues. Depuis lors, les États membres sont en quête de techniques pour recouvrer leur poids perdu au sein du processus décisionnel. Ils le retrouvent en partie en cherchant à n'appliquer que sélectivement le droit communautaire¹²³. Or, cela induit des distorsions inacceptables dans la manière dont le droit de l'Union est exécuté. Mais surtout, ils peuvent le retrouver dans les nouvelles modalités institutionnelles encadrant le processus politique et notamment ce que J. Weiler appelle « *l'infranationalisme* »¹²⁴. La comitologie, à savoir l'encadrement de l'exécution normative de la Commission par les États membres, en est un exemple. Elle se caractérise par l'adoption de normes à un niveau intermédiaire entre l'Union et les États membres¹²⁵. Ainsi, les États s'installent dans l'Union par le biais d'une série de forums, formels ou informels, qui leur permettent de retrouver du poids dans les processus de décision. Il s'agit là d'une recomposition de la méthode communautaire mais qui ne change pas de nature¹²⁶. Dans son analyse de l'affirmation du rôle des États dans le processus politique, pour recouvrer le pouvoir perdu au niveau juridique, J. Weiler consacre peu de place à un acteur pourtant central, le Conseil européen. Ce dernier est créé, de manière informelle, en 1974 au sommet de Paris des 9 et 10 décembre où les chefs d'État ou de gouvernement décident de se réunir trois fois par an. Avec sa création, les États s'installent au sommet du processus d'initiative politique. En matière monétaire, son rôle est déterminant.

Ces deux derniers éléments expliquent le consensus autour des institutions de l'union monétaire. Un processus dialectique a lieu où « *chaque montée, ou chaque élaboration nouvelle, de la méthode communautaire, aurait, d'une certaine manière et en parallèle, un accroissement du poids des chefs de gouvernement dans le fonctionnement effectif de l'appareil institutionnel* »¹²⁷. Ainsi, dans l'UEM, le Conseil européen a joué et joue – l'actualité le montre tous les jours – un rôle crucial d'impulsion et, surtout, de décision¹²⁸. Ensuite, et surtout, la technique de *l'infranationalisme* est caractéristique du système institutionnel mis en place avec la monnaie unique. La structure proposée pour le SEBC et le rôle central joué dans le processus de décision par les BCN étaient en mesure de rassurer les

¹²³ « *Under the new regime non-compliance could become more of a strategy. If the equilibrium of Voice and Exit is shattered by reducing the individual power of Member State Voice, the pressure might force a shift to strategies of Exit, which, in the Community context, means selective application rather than withdrawal (...) This problem of compliance is merely one manifestation of the deep dilemma involved in dismantling the foundational equilibrium* » *Idem*, 76/77.

¹²⁴ *Idem*, p. 98.

¹²⁵ « *Infranationalism (...) is based on the realization that increasingly large sectors of Community norm creation are done at a meso level of governance. The actor involved are middle-range officials of the Community and the Member States in a combination with a variety of private and semi-public bodies players* », *ibidem*.

¹²⁶ Voir *infra*.

¹²⁷ de SCHOUTHEETE P., « Conseil européen et méthode communautaire », *Notre Europe*, Juillet 2012, Policy Paper n° 56, 35 p., ici p. 2.

¹²⁸ Voir, MICHEL, V., « L'Union économique et monétaire ; approfondissement de la constitution économique communautaire », précité, p. 205.

Etats. Depuis l'avènement de la comitologie, ils ont trouvé un moyen de renforcer leur place dans le processus de décision en participant directement à l'élaboration des normes d'application. Un tel modèle se reproduit avec le SEBC. L'omniprésence du Conseil européen, en matière monétaire, leur assure un rôle de direction politique et la présence des BCN, la prise en compte – effective ou non – des intérêts nationaux. Même si les gouverneurs des BCN qui siègent au conseil des gouverneurs, l'instance de direction du SEBC, ils ne représentent ni leur institution ni leur État membre. Cependant, leur présence – au moins symboliquement – rassure les États membres. Ce consensus sur les structures a été favorisé par l'intégration des Banques centrales au sein du processus de négociations.

2) L'élaboration d'un consensus technique entre les BCN

Le Comité des gouverneurs a été établi en 1964. Il avait réussi à se forger et à imposer son expertise et son identité dans le domaine monétaire. Ainsi, le Professeur Scheller rappelle que le destin funeste du FECOM est lié à la « *résistance manifeste du Comité à toutes les tentatives de la Commission de "communitariser" les affaires monétaires* »¹²⁹. Il sera alors naturellement appelé à jouer un rôle central dans l'établissement de l'union monétaire. C'est ainsi que la CIG a confié au Comité des gouverneurs le soin de rédiger des propositions de statuts pour le futur système européen de Banques centrales¹³⁰. Dénommé ainsi par le rapport Delors, ses modalités de fonctionnement n'étaient pourtant pas détaillées. Les travaux du comité ont été précédés par une étude menée par un groupe d'universitaires sous l'égide de J.-V. Louis¹³¹.

L'apport du Comité a été central¹³². En premier lieu, les gouverneurs ont insisté sur la nécessité, voire l'évidence, de coupler une monnaie unique avec une politique monétaire et de change unique, elle aussi. La monnaie unique ne pouvait pas se contenter d'une simple coopération des BCN en la matière. Au contraire, le comité a insisté sur la nécessité d'une intégration des banques centrales existantes et d'une centralisation de la prise de décision¹³³. Cependant, dans un naturel instinct de survie, les gouverneurs ont insisté sur la nécessité

¹²⁹ SCHELLER H.K., « Le Comité des gouverneurs des banques centrales de la CEE et l'unification monétaire européenne », précité, p. 88. J.-V. Louis fait le même constat (LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 21). En effet, dans le cadre du FECOM ils pouvaient recevoir des directives des ministres des finances, ce à quoi ils s'opposaient. (règlement 907/73/CEE du Conseil, du 3 avril 1973, instituant un Fonds européen de coopération monétaire, précité, annexe, art. 2).

¹³⁰ Ces propositions ont été rendues publiques : voir Europe-Documents publié par l'Agence Europe, n° 1675/76 du 20 décembre 1989 et n° 1678/79 du 27 décembre 1990. Malgré tous nos efforts, nous souhaitons préciser qu'il ne nous a pas été possible de consulter ces documents.

¹³¹ Voir *Vers un système européen de Banques centrales – Projet de dispositions organiques*, Rapport du groupe présidé par Jean-Victor Louis, Editions de l'Université de Bruxelles, Collections Etudes européennes, Bruxelles, 1989, 315 p.

¹³² Voir, MCNAMARA K.R., « Where do Rules Come From? The Creation of the European Central Bank » STONE SWEET A., SANDHOLTZ W. & FLIGSTEIN N., *The Institutionalization of Europe*, New York, Oxford University Press, 2001, pp. 155-170, ici p. 170

¹³³ « *Un autre principe défendu par le Comité des gouverneurs fut traduit dans les dispositions institutionnelles du traité de Maastricht, à savoir qu'une monnaie unique nécessite une politique monétaire et de change unique et que la poursuite d'une politique monétaire et de change unique ne peut être assurée par la coordination des actions de politique monétaire menées par des banques centrales nationales indépendantes ; au contraire, cette approche nécessite la création d'un cadre institutionnel pour un processus décisionnel centralisé.* », SCHELLER H.K., « Le Comité des gouverneurs des banques centrales de la CEE et l'unification monétaire européenne », précité, p. 97.

d'une intégration des BCN au sein d'un système qui les regrouperait au sein la nouvelle autorité centrale¹³⁴.

La réunion de ces conditions a permis le passage à la monnaie unique. Une dernière démontre le caractère contingent de l'intégration et la place centrale des États membres¹³⁵. Le 9 novembre 1989, le mur de Berlin tombait, ouvrant ainsi la voie à la réunification du pays. Or, beaucoup des partenaires européens de l'Allemagne étaient réticents à une telle perspective. L'accord allemand sur l'union monétaire intervient alors comme une condition de la réunification et une preuve de son engagement dans le projet communautaire¹³⁶. Enfin, malgré la convergence des États autour des caractéristiques de l'UEM, un point est resté en suspens : l'opposition entre l'« approche monétariste » et l'« approche économiste »¹³⁷. Pour les premiers, l'union monétaire est le premier pas et permettra ensuite la convergence des politiques monétaires. Pour les seconds, la monnaie unique ne peut intervenir qu'après la convergence totale des économies. Un consensus mou a alors été trouvé. Il consiste à conditionner l'entrée dans l'union monétaire au respect de quelques critères de convergence et à mettre en place des mécanismes de coordination des politiques économiques. Le fonctionnement de l'UEM et la crise qu'elle connaît aujourd'hui montrent que ce consensus qui faisait défaut, met en péril la construction dans son ensemble.

Section 2 - La réalité de l'Union monétaire

Décidée en 1992, l'union monétaire devient effective en 1999. Conformément au rapport Delors, le traité de Maastricht prévoit une transition vers l'UEM en trois phases. La première avait commencé avant le traité et exigeait la liberté totale de la libre circulation des capitaux. Le traité innovait et déterminait les dates du passage à la deuxième et à la troisième étape, respectivement le 1^{er} janvier 1994 et le 1^{er} janvier 1999¹³⁸. La deuxième phase était celle de

¹³⁴ « Lors de l'élaboration du projet de statuts du SEBC, le Comité des gouverneurs développa en détail les caractéristiques du SEBC/de l'Eurosystème dirigé par les organes décisionnels de la BCE, qui formule la politique monétaire de la zone euro et assure sa mise en œuvre uniforme sur tout le territoire concerné. Insister sur cette approche institutionnelle écartait l'idée d'un transfert graduel de l'autorité monétaire du niveau national vers le niveau communautaire comme cela avait été suggéré dans les tentatives précédentes de réalisation de l'UEM. », *ibidem*.

¹³⁵ Pour une approche privilégiant le rôle des États dans l'approfondissement de l'intégration, voir MORAVCSIK A., « Preferences and Power in the European Community: a Liberal and Intergovernmentalist Approach », *JCMS*, 1993, Vol. 31 n° 4, pp. 473-520.

¹³⁶ Pour Michel Aglietta : « La monnaie unique apparut comme un compromis qui permettait aux Français d'accepter l'unification politique de l'Allemagne, parce qu'elle affirmait l'ancrage profond de l'Allemagne en Europe », AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, Michalon, Paris, 2012, 187 p., ici p. 39 (voir aussi PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons...*, précité, pp. 34-35 et SANDHOLTZ W., « Choosing union: monetary politics and Maastricht », précité, p. 33).

¹³⁷ Voir, LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 14 ; ROSSI S., *Modalités d'institution et de fonctionnement d'une banque centrale supranationale*, précité, p. 18-24.

¹³⁸ La première étape avait déjà été enclenchée et nécessitait la libre circulation des capitaux que le traité CE, précédé par une directive en 1988 (directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JO n° L 178 du 08/07/1988 pp. 5-18), consacre à son article 56 (version de Maastricht). Sur la libéralisation des mouvements de capitaux et l'UEM voir, CARREAU D., « Les mouvements de capitaux et la construction européenne » in *L'Union européenne : Union de droit, Union des Droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 371-376.

préparation au passage définitif à l'UEM. Elle se caractérisait par la préparation technique de la monnaie unique par l'Institut monétaire européen (ci-après IME), organe transitoire censé ouvrir la voie à la future Banque centrale européenne¹³⁹. D'un point de vue économique, les États devaient respecter les critères de convergence requis par le traité, afin de pouvoir intégrer la future zone euro¹⁴⁰. Ces progrès ont été surveillés de près par le Conseil européen¹⁴¹ qui n'a cessé de réaffirmer que le passage à la troisième phase se ferait au 1^{er} janvier 1999¹⁴². Ainsi, c'est le Conseil, réuni au niveau des chefs d'État ou de gouvernement, qui a décidé du passage à la troisième phase. Le même jour, les chefs d'État ou de gouvernement adoptèrent une recommandation pour la nomination du président et des membres du directoire de la BCE qui furent officiellement nommés, après consultation du Parlement européen, le 26 mai 1998¹⁴³. La BCE entrera en fonction le 1^{er} juin 1998. Six mois après, au 1^{er} janvier 1999, l'union monétaire était réalisée avec la naissance de l'euro scriptural qui sera complétée, au 1^{er} janvier 2002, avec le passage à la monnaie fiduciaire. L'union monétaire ne pouvait se faire seule est s'est accompagnée d'un volet économique¹⁴⁴. Cependant, celui-ci a toujours été plus faible que le volet monétaire, notamment du fait de ses méthodes moins contraignantes et basées sur la coordination volontaire. L'union économique se fonde sur la détermination de grandes orientations de politiques économiques que les États doivent prendre en compte, sans mesure de sanction possible, dans leurs politiques nationales¹⁴⁵. Les seules mesures contraignantes sont les interdictions faites à la BCE de financer les déficits étatiques et à l'Union d'en répondre¹⁴⁶. Conscients de la faiblesse de ces mécanismes, le gouvernement allemand a souhaité, avant le passage à la troisième phase, intégrer un « Pacte de stabilité » devenu après négociations, et demande expresse du Premier ministre socialiste français L. Jospin, « Pacte de stabilité et de croissance » (dit PSC)¹⁴⁷. L'histoire se répète aujourd'hui, le Président socialiste français ayant insisté pour adosser au traité sur la stabilité la coordination et la gouvernance signé en février 2012, un « Pacte pour

¹³⁹ Mis en place par le nouvel article 109F du TCE, cet organe avait la personnalité juridique et son siège à Francfort. Il était dirigé par un conseil composé des gouverneurs des Banques centrales et d'un président nommé d'un commun accord par les chefs d'État ou de gouvernement. Ses tâches étaient nombreuses mais se résument en la préparation de la troisième phase par l'approfondissement de la collaboration entre les BCN et l'élaboration des outils de fonctionnement du futur Eurosysteme. Voir les paragraphes 2 et 3 de l'article 109F du TCE (version de Maastricht).

¹⁴⁰ Ces critères sont toujours valables aujourd'hui, voir infra.

¹⁴¹ Art. 109J §3 du TCE (version de Maastricht).

¹⁴² Voir les Conseils européens de Cannes (26 et 27 juin 1995), de Madrid (15 et 16 décembre 1995), Dublin (13 et 14 décembre 1996).

¹⁴³ Le premier président était W. Duisenberg et les premiers membres du directoire : O. Issing, C. Noyer, T. Padoa-Schioppa, E.D. Solans et S. Härmäläinen. Depuis, se sont succédés à la présidence : J.-C. Trichet et M. Draghi.

¹⁴⁴ Sur l'Union économique voir : LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 85-131 ; MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, 777p. et CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro – Recherches sur l'intégration par la différenciation dans la construction européenne*, Thèse dactylographiée, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2009, 657 p..

¹⁴⁵ Art. 121 TFUE.

¹⁴⁶ Art.s 124 et 125 du TFUE.

¹⁴⁷ Voir LAMY P., « Pourquoi l'Euro ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp 12-22, plus précisément p. 14.

la croissance et l'emploi »¹⁴⁸. Le PSC a été adopté par une résolution du Conseil européen du 17 juin 1997 et prolongé par deux règlements¹⁴⁹. Le PSC renforce la discipline budgétaire déjà présente dans le traité et, notamment, la prévention des déficits publics excessifs¹⁵⁰. Deux limites sont posées, le déficit ne doit pas excéder 3% du produit intérieur brut (ci-après PIB) et la dette publique 60% du PIB. Cette discipline est assurée de manière majoritairement préventive. Des sanctions sont prévues mais leur application dépend du Conseil qui hésite à les prononcer.

La faiblesse de l'union économique explique, en partie la crise actuelle de la zone euro (§2). Il convient, cependant, de distinguer la zone euro de l'Union européenne (§1).

§.1 - La composition de la zone euro

Ni le rapport Delors, ni le traité ne prévoyaient la non participation d'un État membre à l'union monétaire alors même que le Royaume-Uni n'a jamais manifesté sa volonté d'y participer. La construction de l'union monétaire s'est alors faite sur le mythe de son unité, en dépit d'une cohérence d'ensemble de l'édifice. Le processus même de ratification du traité de Maastricht a révélé les tensions, et les oppositions politiques, induites par l'abandon des souverainetés monétaires¹⁵¹. Ainsi, le résultat négatif du référendum danois du 2 juin 1992 a conduit les chefs d'État ou de gouvernement à adopter une décision¹⁵² octroyant plusieurs dérogations au Danemark dont, une, sur sa participation à l'union monétaire. Ce n'est pas le seul État bénéficiant d'une dérogation. Le Royaume-Uni a, dès le début du processus de négociation, refusé de participer à la troisième phase de l'UEM et jouit depuis lors d'un statut à part¹⁵³. De même, dans sa décision du 3 mai 1998, le Conseil n'a pas pu autoriser la Suède et la Grèce à participer. C'est intentionnellement que la Suède n'a jamais accordé l'indépendance à sa Banque centrale afin de ne pas participer à la monnaie unique. La Grèce, elle, sera admise quelques années après.

Ainsi, la zone euro ne se confond pas avec l'Union européenne. Le traité de Lisbonne¹⁵⁴ a reconnu cette situation en consacrant un chapitre spécifique aux États qui font l'objet d'une dérogation, à savoir ceux « *au sujet desquels le Conseil n'a pas décidé qu'ils remplissent les*

¹⁴⁸ Voir, Conclusions du Conseil européen du 29 juin 2012, Annexe.

¹⁴⁹ Résolution du Conseil européen relative au pacte de stabilité et de croissance, JO n° C 236 du 02.09. 1997 et Règlement 1466/97/95 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JO n° L 209 du 2.8.1997, pp. 1-5 et Règlement 1467/9/977 du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JO n° L 209 du 2.8.1997, pp. 6-11.

¹⁵⁰ Art. 126 du TFUE et Protocole 12 sur le procédure concernant les déficits excessifs,

¹⁵¹ En France, un référendum a été organisé le 20 septembre 1992. La faible majorité pour le oui traduit la virulence des débats sur le texte et notamment son aspect monétaire. En Allemagne, la ratification parlementaire a été aisée. Cependant, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt de principe le 12 octobre 1993. Elle s'intéresse notamment aux questions monétaires.

¹⁵² Les 11 et 12 décembre 1992.

¹⁵³ Il est matérialisé par un protocole.

¹⁵⁴ Traité signé le 13 décembre 2007 à Lisbonne et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Il amende le TUE et le TCE qui devient le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

conditions nécessaires pour l'adoption de l'euro »¹⁵⁵. Cependant, pour ces États la situation est considérée comme temporaire et ils se doivent de remplir les « *obligations pour la réalisation de l'Union économique et monétaire* »¹⁵⁶. Le Royaume-Uni et le Danemark font exception à la règle puisqu'en vertu, respectivement, des Protocoles 15 et 16 annexés au traité de Lisbonne ils ne sont pas tenus d'adopter l'euro¹⁵⁷. En revanche, pour les autres États membres, le passage à la monnaie unique est une obligation. Ils doivent s'efforcer de remplir les critères de convergence.

Parmi ceux-ci figurent quatre critères économiques posés par l'article 140 et détaillés par le Protocole n°13. Le premier renvoie au taux d'inflation qui ne doit pas être supérieur de 1,5% du taux moyen réalisé par les trois États membres ayant l'inflation la plus basse¹⁵⁸. Le deuxième renvoie à la situation des finances publiques. L'État ne doit pas être visé par une décision du Conseil au titre de l'article 126 paragraphe 6. Pour ce faire il doit respecter les critères posés par le protocole 12 sur les déficits excessifs à savoir un déficit inférieur à 3% du PIB et le rapport entre la dette publique et le PIB ne doit pas dépasser 60%¹⁵⁹. La troisième condition induit la participation au MCE II, le mécanisme européen de change¹⁶⁰. Il comporte la fixation d'un taux pivot par rapport à euro et une marge de fluctuation de 15%. Il faut que la devise de l'État concerné ait respecté ces marges pendant deux ans pour remplir ce critère¹⁶¹. Le dernier vise le taux d'intérêt à long terme qui ne doit pas excéder de 2% le taux moyen à long terme des États ayant les taux d'inflation les plus bas. Enfin, l'État doit remplir un critère juridique, à savoir la compatibilité de sa législation avec le traité et notamment les statuts de la BCE et du SEBC. En pratique, il doit garantir l'indépendance de sa Banque centrale.

Lorsque l'État remplit ces critères, la dérogation est levée. Il faut, pour cela, un rapport de la BCE et de la Commission au Conseil qui le constate. Le Conseil doit alors, après consultation du Parlement et une « *discussion au sein du Conseil européen* », décider que l'État membre remplit les conditions, par un vote à la majorité qualifiée des États membres de la zone euro¹⁶². Ensuite, le Conseil devra fixer, à l'unanimité des États ayant adopté l'euro, et après

¹⁵⁵ Art. 139 du TFUE.

¹⁵⁶ Art. 140 du TFUE.

¹⁵⁷ Protocole n° 15 sur certaines dispositions relatives au Royaume-Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et Protocole n° 16 sur certaines dispositions relatives au Danemark. Ils ne sont pas rédigés de façon similaire. En vertu du premier : « *le Royaume-Uni n'est pas tenu et n'a pas pris l'engagement d'adopter l'euro sans décision distincte en ce sens de son gouvernement et de son parlement* ». Pour le second, il prévoit que les dispositions applicables au SEBC et à la BCE ne sont pas applicables et que « *La procédure prévue à l'article 140 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour mettre fin à la dérogation n'est entamée qu'à la demande du Danemark* ». Dans les deux cas, le passage à l'euro est soumis à la volonté des États concernés.

¹⁵⁸ Art. 1^{er} du Protocole 13 sur les critères de convergence.

¹⁵⁹ Art. 1^{er} du Protocole 12 sur la procédure concernant les déficits excessifs.

¹⁶⁰ Evoqué par l'article 142 du TFUE, ce mécanisme a été mis en place au sommet d'Amsterdam par le biais de la résolution du Conseil européen sur l'établissement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'union économique et monétaire du 16 juin 1997, JO n° C 236 du 02.08.1997. Il a ainsi remplacé au 1^{er} janvier 1999 le SME.

¹⁶¹ Art. 3 du Protocole 13 précité.

¹⁶² Voir art. 140 §2 du TFUE.

consultation de la BCE et de la Commission, la parité de la monnaie de l'État concerné avec l'euro.

Aujourd'hui, la zone euro compte dix-sept États. Onze États fondateurs¹⁶³ auxquels est venus s'ajouter la Grèce en 2001. Malgré les crises, l'euro est resté « *tendant* »¹⁶⁴. Ainsi sont entrés : la Slovénie en 2007, Chypre et Malte en 2008, la Slovaquie en 2009 et l'Estonie en 2011¹⁶⁵. Cependant, l'étude de la zone euro ne correspond pas totalement à l'espace couvert par ses États membres. Ainsi, les collectivités françaises de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Barthélemy et la République de Saint Martin, bien que n'appartenant pas à l'Union européenne, utilisent l'Euro¹⁶⁶. Ensuite, l'Union européenne a passé des accords avec certains micro-États permettant à ces derniers d'adopter l'euro. C'est notamment le cas des principautés d'Andorre et de Monaco et Saint Marin¹⁶⁷. Cependant, l'extension à leur

¹⁶³ L'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas et le Portugal (voir la décision du Conseil 98/317/CE du 3 mai 1998 conformément à l'article 109 J, paragraphe 4, du traité, JO n° L 139 du 11.5.1998, p. 30–35).

¹⁶⁴ Selon l'expression du Pr. Sousi (voir, SOUSI B., « Banque-notes », *Euredia*, 2007/2008, n° 4, pp. 409-411, ici p. 410 et « Banque-notes », *Euredia*, 2010, n° 3, pp. 303-306 ici p. 303).

¹⁶⁵ Voir respectivement : Décision du Conseil du 19 juin 2000, pour l'adoption par la Grèce de la monnaie unique au 1er janvier 2001 (2000/427/CE), JO n° L 167 du 7.7.2000, pp. 19-21 ; Décision du Conseil du 11 juillet 2006, pour l'adoption par la Slovénie de la monnaie unique au 1er janvier 2007 (2006/495/CE), JO n° L 195 du 15.7.2006, pp. 25-27 ; Décision du Conseil du 10 juillet 2007, relative à l'adoption, par Chypre, de la monnaie unique au 1er janvier 2008 (2007/503/CE), JO n° L 186 du 18.7.2007, pp. 29-31 ; Décision du Conseil du 10 juillet 2007, relative à l'adoption, par Malte, de la monnaie unique au 1er janvier 2008 (2007/504/CE), JO n° L 186 du 18.7.2007, pp. 32-34 ; Décision du Conseil du 8 juillet 2008, pour l'adoption de la monnaie unique par la Slovaquie au 1er janvier 2009 (2008/608/CE), JO n° L 195 du 24.7.2008, pp. 24-27 ; Décision du Conseil du 13 juillet 2010, concernant l'adoption de l'euro par l'Estonie le 1er janvier 2011 (2010/416/UE), JO n° L 196 du 28.7.2010, pp. 24-26.

¹⁶⁶ Voir, pour plus de précisions : de SEZE, MARCHAND A. & BARDY R., « L'outre mer français et l'euro », *Bulletin de la Banque de France*, 2011 4^{ème} Trimestre, n° 136, p. 89-105 et LOPEZ ESCUDERO M., « La politique de change de l'euro », *CDE*, 2011 n° 2, p. 369-432, plus précisément p. 388-389. Voir, pour Saint-Pierre et Miquelon, la décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur les arrangements monétaires relatifs aux collectivités territoriales françaises de Saint-Pierre-et-Miquelon et Mayotte (1999/95/CE), JO L n° 30 du 4.2.1999, p. 29-30 et pour Saint-Barthélemy la décision 2011/433/UE du Conseil du 12 juillet 2011 relative à la signature et à la conclusion de l'accord monétaire entre l'Union européenne et la République française relatif au maintien de l'euro à Saint-Barthélemy, à la suite de son changement de statut au regard de l'Union européenne et l'accord monétaire entre l'Union européenne et la République française relatif au maintien de l'euro à Saint-Barthélemy, à la suite de son changement de statut au regard de l'Union européenne, JO L n° 189 du 20.7.2011, pp. 1-4.

¹⁶⁷ Voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, p. 283-284 et LOPEZ ESCUDERO M., « La politique de change de l'euro », précité, p. 380-387. Voir : décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Principauté de Monaco (1999/96/CE), JO n° L 30 du 4.2.1999, pp. 31-32 et la Convention monétaire entre le gouvernement de la République française, au nom de la Communauté européenne, et le gouvernement de Son Altesse Sérénissime le Prince de Monaco, JO n° L 142 du 31.5.2002, pp. 59-73 ; Décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la République de Saint-Marin (1999/97/CE), JO n° L 30 du 4.2.1999, pp. 33-34 et la Convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et la République de Saint-Marin, JO n° C 209 du 27.7.2001, pp. 1-4 ; Décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Cité du Vatican (1999/98/CE), JO n° L 30 du 4.2.1999, pp. 35-36 et la Convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et l'État de la Cité du Vatican, représenté par le Saint-Siège JO, n° C 299 du 25.10.2001.

Deux de ces conventions ont été renégociées, voir : décision du Conseil du 26 novembre 2009 concernant la position à adopter par la Communauté européenne pour la renégociation de l'accord monétaire avec l'État de la Cité du Vatican (2009/895/CE), JO n° L 321 du 8.12.2009, pp. 36-37 et l'accord monétaire entre l'Union européenne et la Cité du Vatican, JO n° C 28 du 4.2.2010 pp. 13-18 et décision du Conseil du 25 février 2011 concernant les modalités de la renégociation de l'accord monétaire entre le gouvernement de la République française, au nom de la Communauté européenne, et le gouvernement de son Altesse Sérénissime le Prince de Monaco (2011/190/UE), JO n° L 81 du 29.3.2011, pp. 3-4 et décision de la Commission du 21 novembre 2011

territoire de l'utilisation de l'euro est sans conséquence sur les modalités de gestion de la monnaie unique.

La crise actuelle a fait apparaître l'éventualité pour un État de quitter la zone euro. Or, juridiquement, il n'existe aucune possibilité de le faire sans quitter l'Union. La doctrine semblait unanime sur ce point : il n'y a ni droit de retrait, ni possibilité d'expulsion d'un État membre de la zone euro¹⁶⁸. Ce silence des traités ne peut être interprété comme une reconnaissance implicite de cette possibilité¹⁶⁹. Ainsi, pour J.-V. Louis, « *L'adoption de l'euro est irréversible* »¹⁷⁰. La reconnaissance par l'article 50 du TUE d'un droit de retrait de l'Union est sans effet sur cette conclusion¹⁷¹. L'approche juridique du problème impose alors à un État de quitter l'Union et de négocier un traité d'adhésion comprenant une dérogation. Cependant, une approche plus fonctionnelle doit être choisie. La construction européenne montre que les traités peuvent être renégociés et ils l'ont été fréquemment¹⁷². C'est de cette manière que se passerait une éventuelle sortie de la zone euro. Ainsi, pour B. Eichengreen : « *les obstacles techniques et juridiques de la réintroduction unilatérale par un État membre de sa monnaie nationale sont surmontables* »¹⁷³.

Les obstacles à une sortie de l'euro sont, en réalité, d'ordre fonctionnels et politiques. D'un point de vue politique, tout État sortant de l'euro fragiliserait irrémédiablement sa place au sein du projet européen et perdrait toute influence sur son développement futur¹⁷⁴. La principale barrière est de nature fonctionnelle : comment éviter la fuite des capitaux d'un État s'appêtant à quitter la zone euro ? Il est évident qu'après l'annonce, les entreprises et les ménages – anticipant la dévaluation immédiate de la nouvelle monnaie – chercheront à détenir des euros à l'étranger avant la conversion de leurs comptes en banque dans la nouvelle monnaie. Certains mécanismes ont été envisagés, dont l'interdiction faite aux banques de

2

relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord monétaire entre l'Union européenne et la Principauté de Monaco (2012/C 23/07), JO n° C 23 du 28.1.2012, pp. 13-23.

¹⁶⁸ Voir MARTUCCI F., « Union monétaire », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 1035, §39-40 ; ATHANASSIOU P., « Withdrawal and expulsion from the EU and EMU, Some reflections », *ECB Legal working papers series*, 2009 n°10, 48 p.

¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰ « *The adoption of the euro is irreversible* », LOUIS J.-V., « Monetary policy and central banking in the constitution » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 27-42, ici p. 28.

¹⁷¹ Sur cette clause, voir LOUIS J.-V., « Le droit de retrait de l'Union européenne », *CDE*, 2006 n° 3-4, pp 293-314. Inversement, la clause pourrait avoir un effet sur l'union monétaire. Ainsi, R. Smits est très critique à l'égard de cet article, notamment pour l'UEM : « *Not only is the clause badly drafted, it also potentially threatens the stability of the single currency (...). A mature monetary union does not rely on weak enforcement mechanism such as these, but is firmly rooted in the will to belong together, for an unlimited period of time* » SMITS R., « The European constitution and EMU: an appraisal », *CMLR*, 2005 Vol. 42, pp. 425-468 (ici pp. 463-465).

Le manque d'études, datant d'avant la crise, sur la possibilité de sortie de la zone euro traduit la difficulté de penser l'intégration européenne et, en même temps, sa désintégration (voir, pour une proposition doctrinale en ce sens, SHAW J., « European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, Vol. 16 n° 2, pp. 231-253).

¹⁷² Que l'on songe au référendum négatif au Danemark sur le Traité de Maastricht, au rejet du traité de Nice par le peuple irlandais le 7 juin 2001 voire surtout l'échec du Traité établissant une constitution européenne après les référendums négatifs de la France (29 mai 2005) ou néerlandais (1^{er} juin 2005).

¹⁷³ EICHENGREEN B., « The Breakup of the Euro area », NBER Working Paper N° 13393, Février 2010, ici p. 12.

¹⁷⁴ *Idem*, pp. 19-21.

transférer les capitaux des résidents vers un autre État membre après l'annonce du changement de monnaie¹⁷⁵, et l'apposition systématique d'un tampon sur tous les billets circulant en euro les transformant ainsi en monnaie nationale dont la conversion serait prohibée¹⁷⁶. La légalité de tels mécanismes est douteuse au regard du droit à la libre circulation des capitaux, comme du droit monétaire. Ainsi, les billets en euro circulant librement dans toute la zone, tous les billets tamponnés n'auront pas été émis par la BCN de l'État concerné et *quid* de la valeur des billets émis par la BCN une fois sa sortie de l'euro ? Au-delà de leur légalité, il faut douter – avec B. Eichengreen – de la faisabilité de telles mesures. Même si elles ont été pratiquées par le passé, notamment au moment de la séparation de la Tchécoslovaquie, les marchés monétaires étaient beaucoup moins intégrés qu'aujourd'hui¹⁷⁷. Enfin, le dernier argument est d'ordre économique : rien n'assure à un État qu'une sortie de la zone euro lui assurera des conditions économiques plus clémentes que son maintien, à court comme à long terme.

Une dernière alternative peut être une sortie de la zone euro mais une euroïisation du pays, à savoir l'adoption unilatérale de l'euro par l'État concerné. L'avantage pour lui serait alors de pouvoir faire défaut sur sa dette souveraine¹⁷⁸. L'euroïisation a déjà été pratiquée unilatéralement par le Kosovo et le Monténégro¹⁷⁹. Or, « *La BCE considère qu'un pays tiers ne devrait introduire l'euro qu'à la suite d'un accord avec la Communauté* »¹⁸⁰. Juridiquement, la BCE ne se fonde sur aucun argument, même si la présence dans le traité d'un article permettant la conclusion d'un accord, incite à privilégier cette voie. Pour un État membre, il est délicat de dire si une telle possibilité existe aujourd'hui. Mais, la sortie d'un État membre devant inévitablement passer par une renégociation des traités, ces derniers peuvent être amendés afin de permettre l'euroïisation d'un État membre. Politiquement cependant, l'accord des autres États membres sur une telle demande peut sembler assez irréaliste.

La composition fragmentée de la zone euro a été qualifiée de différenciation¹⁸¹. Elle a donné naissance à l'Eurosystème. Le traité n'envisageait pas la non-participation de certains États membres à l'union monétaire. Aujourd'hui, le TFUE comble cette lacune. Il exclut les États bénéficiant d'une dérogation des organes dirigeants du SEBC¹⁸² et reconnaît explicitement

¹⁷⁵ L'hypothèse est envisagée, voir DOR E., « Leaving the euro zone: a user's guide », *IESEG Working Paper Series*, 2011-ECO-06, p. 5.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 6.

¹⁷⁷ EICHENGREEN B., « The Breakup of the Euro area », précité, pp. 22-26.

¹⁷⁸ Voir, pour une analyse économique de ce scénario, COOPER R., « Exit from monetary union through euroization: discipline without chaos », *EUI Working Papers*, Eco 2012/09.

¹⁷⁹ LOPEZ ESCUDERO M., « La politique de change de l'euro », précité, p. 281.

¹⁸⁰ Avis (CON 2004/12) de la BCE sur un accord relatif aux relations monétaires avec Andorre, JO n° C 88 du 8.01.04, p. 18-19, §4. Avant l'adoption de l'accord avec l'Union, Andorre avait adopté unilatéralement l'euro. Voir, MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la zone euro*, précité, pp. 532-533.

¹⁸¹ Nous reprenons l'expression du Professeur Martucci qui évoque une « *intégration monétaire différenciée* », MARTUCCI F., « Union monétaire », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 1035, §14.

¹⁸² Art. 139 TFUE.

l'Eurosystème¹⁸³. Avant même cette consécration, le conseil des gouverneurs de la BCE avait décidé la création informelle de l'Eurosystème, afin de désigner l'entité effectivement en charge de la gestion de la monnaie unique. Le SEBC reste aujourd'hui, quasiment, une simple instance de coordination entre les BCN de la zone euro. C'est bien l'Eurosystème qui est « l'autorité monétaire de la zone euro »¹⁸⁴. Ainsi, depuis plus de dix ans, l'Eurosystème gère l'euro. Son bilan est globalement positif, faisant de l'euro un « remarquable succès » pour reprendre les mots de gouverneur C. Noyer¹⁸⁵. Le passage à la monnaie unique, scripturale en 1999 et fiduciaire en 2002, malgré les défis qu'il a posé, s'est opéré de manière fluide. En effet, son objectif principal est la stabilité des prix. Or, l'inflation a été extrêmement modérée depuis le passage à l'euro. En moyenne, sur les dix premières années, elle a été de 2% avec un maximum à 2,4%¹⁸⁶. Ce taux est le plus bas depuis les années cinquante. Cet apparent succès couvait, en réalité, une crise qui allait éclore en 2007 et se prolonge encore aujourd'hui.

§.2 - La crise de l'union économique et monétaire : une d'insuffisance d'unité

La première décennie de l'union monétaire a été surnommée par certains économistes : « la grande modération »¹⁸⁷. Depuis la fin des années quatre-vingt dix, et jusqu'aux années 2007-2008, les pays développés ont connu une période de relative stabilité économique. La stabilité monétaire offerte par les banques centrales, pendant cette période, a contribué grandement à ce phénomène. En effet, dans les années quatre-vingt dix, la majorité des États a convergé vers le dogme de l'indépendance et de la stabilité des prix. Les banques centrales ont pu alors garantir des taux d'intérêt – à court et long terme – faibles. D'autres facteurs ont participé à la grande modération et notamment la mondialisation qui, avec l'ouverture des économies, a engendré une baisse des prix¹⁸⁸.

Mais sans être une illusion, la grande modération portait, en son sein, les causes de la crise. La faiblesse des taux d'intérêt a encouragé la prise de risque des investisseurs à la recherche

¹⁸³ Art. 282 §1 TFUE.

¹⁸⁴ LOUIS J.-V., « L'autorité monétaire de la zone euro », *Euredia*, 2009/2, pp. 277-296 ; publiée aussi in *L'Union européenne : Union de droit, Union des Droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 283-296. Nous citerons la première publication.

¹⁸⁵ NOYER C., « L'euro, remarquable succès », *Journal du dimanche*, 1^{er} janvier 2012.

¹⁸⁶ European Commission *EMU @10 : Successes and challenges after 10 years of Economic and monetary Union – European Economy 2/2008*, 328p., p. 28. Pour un évaluation des résultats des 10 premières années de fonctionnement du système, par lui-même, voir, TRICHET J.-C., « Toward the First Decade of Economic and Monetary Union – Experiences and Perspectives », 28 avril 2008.

¹⁸⁷ Comme toute expression de ce type, il est délicat d'en retracer l'origine. Elle est fréquemment attribuée à l'économiste de la BRI Claudie Borio. Elle a été reprise par certains membres de l'Eurosystème (voir NOYER C., « Politique monétaire et politique macroprudentielle », 1^{er} octobre 2010).

¹⁸⁸ Sur les causes de la grande modération voir : BORDES C., *La politique monétaire*, La découverte, Paris, 2007, 122 p., plus précisément p. 92-102 et BETHEZE J.-P., COUPPEY-SOUBEYRAN J. & PLIHON D., « Pour un changement de *central banking* : la nécessaire coordination de la politique monétaire et de la politique macro-prudentielle au sein de la Banque centrale » in Conseil d'analyse économique, *Banques centrales et stabilité financière*, La documentation française, Paris, 2011, pp. 117-187, plus précisément pp. 121-127.

Sur l'influence de la mondialisation sur la faiblesse de l'inflation, voir, TRICHET J.-C., « Le rôle des banques centrales dans une économie mondialisée », 18 juin 2007.

de rendements élevés. L'innovation financière et technologique a donné naissance à des instruments de plus en plus complexes, dont les produits structurés et titrisés¹⁸⁹. Ces derniers sont dits structurés car ils rassemblent des créances bancaires et des titres négociables. Ils seront ensuite émis sur le marché financier, permettant ainsi d'accroître la liquidité et de déconnecter le risque de la banque émettant les titres ainsi créés. La diffusion du risque qu'ils permettaient donnait alors l'illusion d'une grande stabilité par une plus large répartition. D'autant que les créances titrisées par les banques n'apparaissent plus dans leur bilan, elles pouvaient ainsi augmenter leur offre de crédit. Cependant, pour rester performants, ces titres sont devenus de plus en plus complexes et opaques¹⁹⁰. Ils servaient aussi de supports à des prêts de plus en plus risqués, tels les *subprimes*. Avec ces instruments, les banques américaines pouvaient prêter à des ménages peu solvables en prenant comme garantie une hypothèque sur la maison achetée avec le prêt. Les deux tiers de ces prêts ont été titrisés¹⁹¹. La complexité, de la structure et de la composition de ce type de titres, empêche les acheteurs de réellement évaluer le risque porté par l'instrument et donc sa valeur. Cette évaluation était confiée aux agences de notation dont le rôle est d'estimer les risques inhérents aux instruments financiers et de les noter¹⁹².

Le système était relativement équilibré mais très fragile. Il reposait essentiellement sur la confiance. La titrisation apportait l'illusion de la stabilité du système financier, alors qu'en réalité le risque n'avait pas disparu mais s'était disséminé. A l'été 2007, les premières tensions apparaissent sur le marché américain des *subprimes*. La rationalité de ces instruments reposait sur l'assurance de l'augmentation du prix du bien immobilier hypothéqué, couvrant ainsi le risque pris par la banque¹⁹³. Or, en 2007, le prix des biens immobiliers aux Etats-Unis commence à baisser. Il s'agit d'un parfait exemple des mécanismes auto-réalisateurs à l'œuvre dans une crise. La diminution des prix de l'immobilier affaiblit la valeur des titres *subprimes* dont la note attribuée par les agences de notation baisse. Le système financier réalise alors le vrai « *prix du risque* »¹⁹⁴. Sur le marché interbancaire, les banques se fournissent entre elles de la liquidité contre des garanties, notamment des instruments titrisés. Dans un premier temps, le manque de confiance dans les instruments titrisés empêche tout refinancement sur le marché interbancaire et la liquidité se raréfie¹⁹⁵. Dans un second temps, la crise affaiblit le capital des banques. En effet, elles ont dû réintégrer dans leur bilan les créances titrisées engendrant alors des pertes et la diminution de leurs fonds propres.

¹⁸⁹ Sur ces techniques voir : Banque de France, *La crise financière*, Documents et débats, février 2009 n°2 et notamment le Chapitre 2.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 26.

¹⁹¹ *Idem*, p. 27.

¹⁹² *Idem*, p. 24.

¹⁹³ Ils reposaient aussi sur le fait que périodiquement les emprunteurs pourraient racheter leur prêt pour un autre plus avantageux et pourraient emprunter plus en raison de l'augmentation du prix du bien sous-jacent.

¹⁹⁴ ARTUS P., BETBEZE J.-P., de BOISSIEUR C. & CAPELLE-BLANCHARD G., « La crise des *subprimes* » in CAE, *La crise des subprimes*, La documentation française, Paris, 2008, pp. 7-133, ici p. 68

¹⁹⁵ Voir NOYER C., « Réflexions sur la crise », 17 novembre 2008.

La crise a pris un tournant décisif à l'automne 2008 avec la faillite de la banque américaine Lehmann Brothers, le 15 septembre. Les États ont alors dû intervenir pour recapitaliser les banques, dont le capital avait été entamé par la crise, pour les garantir contre le défaut¹⁹⁶. Mais, surtout, le reflux du phénomène de titrisation et la baisse des fonds propres des banques ont réduit l'effet de levier¹⁹⁷. L'offre de crédit s'est alors contractée et le financement de l'économie, par les banques, a été beaucoup plus limité. L'abondance de liquidité, dans le système financier comme économique, avait en réalité fait gonfler artificiellement les prix immobiliers notamment. L'assèchement de la liquidité fait éclater de telles bulles et renvoie l'économie à sa situation réelle. La crise passe alors du versant financier au domaine économique. Les entreprises et les ménages sont réticents à investir, voire à dépenser. On assiste alors à une « *contraction de la demande privée* »¹⁹⁸. Les États ont dès lors dû pratiquer des politiques de relance afin d'éviter que l'économie ne se contracte trop¹⁹⁹.

La crise a alors révélé les défauts de construction de la zone euro dont le principal reste la faiblesse de la construction de l'union monétaire. Malgré l'union monétaire, les structures des économies des États membres ont continué à diverger, encouragées en cela par le passage à la monnaie unique²⁰⁰. En premier lieu, les taux de conversion entre les monnaies nationales et l'euro ne reflétaient pas les écarts des économies nationales. Ainsi, le taux allemand était « *volontairement sous évalué* »²⁰¹ alors que les taux grecs et portugais étaient surévalués. Or, les États du sud accusaient déjà un retard de compétitivité et un tel taux a « *gonflé leur compétitivité de façon quelque peu artificielle* »²⁰². Au contraire, l'Allemagne a été obligée de rattraper son retard de compétitivité occasionné par le taux adopté. En second lieu, la centralisation de l'Eurosystème et de la politique monétaire a fait baisser les taux d'intérêt nominaux. Or, les différences d'inflation entre les États se sont maintenues. Celle-ci était plus forte dans certains États, notamment du sud. Dans ces pays, le taux d'intérêt réel (rapporté à l'inflation) était alors négatif²⁰³. Cet argent « pas cher » a créé des bulles, immobilières notamment, donnant l'illusion d'une hausse de l'activité économique mais sans rattrapage de compétitivité²⁰⁴. Or, rien n'a été fait dans l'union économique pour corriger cet effet²⁰⁵. En

¹⁹⁶ Voir, Banque de France, *La crise financière*, précité, p. 56-68.

¹⁹⁷ La réglementation impose aux banques une adéquation entre les fonds propres et les crédits accordés. L'effet de levier désigne leur capacité à prêter des fonds au-delà des leurs fonds propres.

¹⁹⁸ *Idem*, p. 23. Plus largement voir le Chapitre 2 : « Le passage de la crise financière à la crise économique ».

¹⁹⁹ Voir la panorama des politiques de relance dressé par la Banque de France, *ibidem* p. 69-74.

²⁰⁰ « *Souterrainement (...) les tensions s'accumulaient. Au lieu de converger après le passage à l'euro, les économies s'étaient mises à diverger* », PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons...*, précité, p. 16.

²⁰¹ WYPLOZ C., « Les racines de la crise », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp. 26-30, ici p. 27.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Voir « Des appréciations nuancées sur le fonctionnement de la zone euro au fil des observations externes » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 81-98, plus précisément p. 889.

L'Eurosystème était conscient de ces écarts d'inflation et s'en inquiétait : « *lorsque les écarts d'inflation découlent de hausses excessives des salaires, d'une croissance intenable des marges bénéficiaires ou d'une orientation expansionniste de la politique budgétaire, la situation peut s'avérer préoccupant* » (NOYER C., « La France, l'Europe, l'euro et la BCE », 22 mars 2002).

²⁰⁴ A. Grjebine résume parfaitement la situation : « *La possibilité d'emprunter à des taux d'intérêt beaucoup plus bas que ceux qui étaient proposés avant la création de l'euro les a encouragés à s'endetter sans compter,*

revanche, l'Allemagne menait, de son côté, une politique de redressement de sa compétitivité²⁰⁶. Les pays du sud connaissaient alors une forte demande de capitaux étrangers afin d'entretenir la bulle et des écarts importants de balance de paiements se creusaient entre des pays de plus en plus excédentaires car compétitifs, comme l'Allemagne, et des pays entretenant leur croissance avec le crédit, comme l'Espagne. En troisième lieu, ce phénomène s'est reproduit en matière de finances publiques. Le passage à la monnaie unique a conduit à une uniformisation des taux d'emprunt des États par le biais d'un alignement avec les taux les plus bas, les taux allemands. Ainsi, certains États ont pu s'endetter plus facilement, sans augmenter les impôts et ainsi alimenter la croissance artificielle du pays²⁰⁷. Or, cet afflux de capitaux n'a pas servi à financer un rattrapage de compétitivité ; au contraire, « *la base industrielle s'atrophiait* »²⁰⁸. En revanche, l'Allemagne poursuivit une politique d'austérité budgétaire. Ainsi, « *Les pays "épargnants" ont développé des industries fortement exportatrices. Les pays "consommateurs" ont davantage favorisé les services* »²⁰⁹. Pour résumer, « *l'hétérogénéité économique entre les pays de la zone euro s'est trouvée amplifiée, dans des conditions considérables, par la logique financière qui a suivi la création de l'euro* »²¹⁰. L'Eurosystème ne pouvait agir, sa mission étant justement l'unité du taux d'intérêt dans la zone. Ses membres se sont pourtant souvent exprimés sur ces problèmes, sans succès²¹¹.

La crise a révélé les écarts de compétitivité latents entre les États de la zone euro. Le ralentissement économique provoqué par la crise financière ne les a pas touchés à l'identique. L'impact a été plus limité sur les États « épargnants », qui disposaient de finances publiques plus saines, d'une compétitivité plus forte et ainsi d'une croissance potentielle plus élevée. Dans les pays « consommateurs », la croissance était entretenue par l'excès de liquidité dans le système financier. Elle s'est alors arrêtée avec la crise financière. Dotés d'une faible compétitivité et d'une dette publique élevée, les politiques de relance ont été coûteuses et peu

2

parfois pour financer des opérations qui se sont révélées pour le moins douteuses, en premier lieu un boom immobilier », GRJEBINE A., « Les déséquilibres intra-européens : A qui la faute ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp. 45-52, ici p. 45 voir aussi PISANI-FERRY J, *Le réveil des démons...*, précité, pp. 69-71.

²⁰⁵ « Aucune attention sérieuse n'a donc été accordée à l'effet violemment stimulant dû à la baisse des taux d'intérêt dans ces pays lors de l'entrée dans la zone euro », ARTUS P., « Zone euro : les responsables de la crise de la dette », *Politique étrangère*, 2011 n°4, pp. 755-762 ici p. 758.

²⁰⁶ PISANI-FERRY J, *Le réveil des démons...*, précité, pp. 77-84.

²⁰⁷ *Idem*, p. 17 et AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, p. 29.

²⁰⁸ AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, p. 31.

²⁰⁹ GRJEBINE A., « Les déséquilibres intra-européens : A qui la faute ? », précité, p. 49.

²¹⁰ *Idem*, p. 33.

²¹¹ « Il ne restait à Jean-Claude Trichet, que le verbe. Il ne se privait pas, pour alerter les ministres des pays de l'euro, d'exhiber force graphiques, en insistant sur les courbes divergentes. Avec bien peu d'effet », PISANI-FERRY J, *Le réveil des démons...*, précité, pp. 17-18.

Voir, par exemple, le discours de l'intéressé : TRICHET J.-C., « La politique monétaire européenne : principes, résultats et questions actuelles », 23 mars 2006. Dès 1999, les membres du directoire mettaient en garde les États membres sur l'interdépendance accrue de leurs politiques économiques et notamment budgétaires (voir, NOYER C., « The role of the euro as a new European currency », 29 septembre 1999).

efficaces, aggravant encore la crise économique. Mais, surtout, le marché a douté de la soutenabilité de leur politique budgétaire, basée essentiellement sur la confiance²¹².

Cette confiance a été rompue par l'annonce du premier ministre grec, nouvellement élu, le 16 octobre 2009 que les chiffres sur la situation budgétaire du pays transmis à Bruxelles étaient faux. Même si cela est apparu comme une surprise, il s'agit surtout du résultat de l'apathie des dirigeants européens. En 2004, déjà, les statistiques grecques s'étaient avérées manipulées sans que de réelles mesures soient prises pour y remédier²¹³. Cette difficulté des dirigeants européens à régler les problèmes urgents de l'union économique et monétaire est, à la fois, la cause de la crise et son carburant. Après cette annonce, les taux d'intérêts auxquels le gouvernement grec empruntait se sont considérablement accrus. Le doute sur les statistiques s'est transformé en perte de confiance dans la solvabilité du pays, accroissant encore les taux. Il a fallu attendre le Conseil européen des 25 et 26 mars 2010 pour que les États acceptent de prêter à la Grèce²¹⁴. Le contexte et le contenu de cette décision résument l'approche de la crise : tardive, conditionnelle et punitive. Le déboursement des prêts sera soumis à « *de forte conditionnalités sur la base d'une évaluation menée par la Commission européenne et la BCE* »²¹⁵. Ensuite, les taux d'intérêt seront « *non-concessionnels* » à savoir supérieurs à ceux auxquels empruntent les États afin de les encourager à « *retourner vers des financements de marché le plus vite possible* »²¹⁶. *In fine* ces taux sont punitifs. Leur logique semble absurde. Prêter à un taux élevé à des États qui demandent de l'aide justement parce qu'ils ne peuvent se financer efficacement sur le marché, n'est rationnel que dans une optique de sanction²¹⁷.

Cette première annonce n'a pas suffi à rassurer les marchés et aucune, depuis lors, n'a réellement réussi à endiguer définitivement la crise. Au contraire, une succession de demi-mesures prises dans l'urgence n'a pas démontré clairement au marché, la volonté des États de garantir la stabilité de la zone euro. Ainsi, les annonces des 25 et 26 mars 2010 n'ont pas suffi. En mai, étaient créées des institutions stables : le fonds européen de stabilité financière, indépendant et géré par les États, et le mécanisme européen de stabilité financière²¹⁸, géré par la Commission. Cette annonce n'a pas pu rassurer les marchés et le Conseil européen a

²¹² « Une politique budgétaire est dite soutenable si elle ne conduit pas à une accumulation de dette excessive qui, sans changement majeur, ne pourrait pas être couverte à l'avenir par des excédents budgétaires » (Banque de France, *De la crise financière à la crise économique*, précité, p. 73). Pour la Banque de France, elle s'évalue à l'aune de trois critères : le montant de dette publique existant, le différentiel entre le taux de croissance et le taux d'intérêt et la capacité à dégager un excédent. M. Aglietta rajoute des éléments politiques à savoir « *la capacité à prélever l'impôt* » et « *l'aptitude à changer de politique fiscale* » (AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, pp. 110-111).

²¹³ Voir Commission européenne, Rapport sur les statistiques du déficit de la dette publique en Grèce, COM(2010)1 final, 8 janvier 2011 ; ERNOULT T., « Maquillage des comptes publics grecs : statistiques à la dérive », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp. 113-115 et AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, pp. 55-56.

²¹⁴ Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro, 25 mars 2010.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ J. Pisani-Ferry parle de « *conditions si punitives qu'elle s'apparente à des sanctions* », PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons...*, précité, p. 95.

²¹⁸ Règlement 407/2010/CE du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière, JO n° L 118 du 12.05.2010, pp. 1-4.

décidé, lors de sa session de 28 et 29 octobre 2010, de créer une institution permanente : le mécanisme européen de stabilité. Il ne sera institué par un traité signé que le 2 février 2012²¹⁹. Entre temps, l'Irlande et le Portugal ont été attaqués sur les marchés et ont dû faire appel à l'aide européenne respectivement en novembre 2010²²⁰ et avril 2011²²¹. Comme la Grèce, l'aide est conditionnelle et le versement des fonds soumis au respect de conditions drastiques, imposées par une décision du Conseil²²². Dans le même temps, en vue de rassurer les marchés, le volet économique était approfondi sous tous azimuts avec : le pacte pour l'Euro et la création du semestre européen en mars 2011²²³, puis le *six pack* de novembre 2011²²⁴ et, enfin, le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (ci-après TSCG), adopté le 25 février 2012 par vingt-cinq États de l'Union²²⁵. Toutes ces mesures ont calmé, pour un temps, la crise qui a ressurgi en Espagne en juin 2012 mais sous sa forme quasiment initiale, celle d'une crise bancaire. Pourtant, les fondamentaux de l'économie de la zone euro sont bons, mais le problème est ailleurs²²⁶. D'autant, que la crise est financière et non monétaire comme le rappelle C.

²¹⁹ Traité instituant le mécanisme européen de stabilité.

²²⁰ Voir « Statement by the Eurogroup and ECOFIN Ministers » des 21 et 28 novembre.

²²¹ L'aide a été demandée le 7 avril et elle a été approuvée au conseil Ecofin et Eurogroupe des 16 et 17 mai suivants.

²²² Décision du Conseil du 8 juin 2010 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif (2010/320/UE), JO n° L 145 du 11.6.2010, pp. 6-11. Cette décision ayant été modifiée à trois reprises (7 septembre et 20 décembre 2010 et 7 mars 2011), elle a été remplacée par la décision du Conseil du 12 juillet 2011 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif (2011/734/UE), JO n° L 296 du 15.11.2011, pp. 38-52. Pour l'Irlande : décision d'exécution du Conseil du 7 décembre 2010 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union à l'Irlande (2011/77/UE), JO L n° 30 du 4.2.2011, pp. 34-39 (elle a été modifiée le 30 mai, le 2 septembre, le 11 octobre et le 30 novembre 2011). Pour le Portugal : Décision d'exécution du Conseil du 30 mai 2011 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union au Portugal (2011/344/UE), JO n° L 159 du 17.6.2011, pp. 88-92 (modifiée le 2 septembre, le 11 octobre et le 14 décembre 2011).

²²³ Voir Conclusion des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro du 11 mars 2011.

²²⁴ Il s'agit de cinq règlements et une directive visant à renforcer la gouvernance économique de l'UEM adopté le 16 novembre 2011 : règlement 1173/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 1-7 ; Règlement 1174/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, JO L n° 306 du 23.11.2011, pp. 8-11 ; Règlement 1175/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement 1466/97/CE du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 12-24 ; Règlement 1176/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, JO L n° 306 du 23.11.2011, pp. 25-32 ; Règlement 1177/2011/UE du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement 1467/97/CE visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JO L n° 306 du 23.11.2011, pp. 33-40 et directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 41-47.

²²⁵ On refusé de signer : le Royaume-Uni et la République Tchèque.

²²⁶ C'est le paradoxe que relève Christian Noyer : « S'agissant des fondamentaux, la zone euro semble aujourd'hui en position de force par rapport aux autres économies développées. La croissance y est plus forte qu'au Royaume-Uni et au Japon depuis 2007. Les comptes extérieurs sont équilibrés. Même la situation budgétaire est favorable. En termes agrégés, le déficit de la zone euro est le plus faible de tous, à 4 % du PIB, soit moins de la moitié de celui des États-Unis, du Japon ou du Royaume-Uni. Cela reste vrai même dans certains pays de la périphérie. Par exemple, le déficit budgétaire de l'Espagne, à 6,1 % du PIB, est très inférieur à celui des États-Unis, du Royaume-Uni ou du Japon. La dette publique brute totale, qui s'établit à 67 % du PIB, est parmi les plus faibles de l'OCDE. Au vu de ces chiffres, il est clair que l'Europe dispose des ressources nécessaires pour faire face à un besoin de financement gérable dans certaines parties de la région » (NOYER C., « Europe : une crise financière, pas monétaire », 28 et 30 novembre 2011) voir aussi GROS D., « Decline and

Noyer²²⁷, et que ce n'est en aucun cas une crise de l'euro²²⁸. Au contraire, le comportement de l'Eurosystème a été efficace pendant la crise, permettant de rassurer les marchés là où les États ne le pouvaient pas. Ainsi, dès l'été 2007, il a adopté ses premières mesures dites « non conventionnelles » fournissant au marché autant de liquidité qu'il en avait besoin jusqu'à fournir 489 milliards d'euros dans une opération inédite de prêt à trois ans, en décembre 2011. Il a baissé son taux directeur jusqu'au taux record de 0,75%. Il a accepté de racheter des titres des États membres sur le marché secondaire. L'Eurosystème sort renforcé de la crise et confirmé comme le volet solide de l'UEM. Sa force dérive de sa construction institutionnelle qui lui assure stabilité, crédibilité, efficacité et flexibilité. Il a ainsi pu remplir son mandat de stabilité des prix et fournir les réponses adéquates à la crise. Nous choisissons alors d'étudier l'Eurosystème sous son aspect institutionnel, afin de comprendre les ressorts de sa réussite. Le système de Banques centrales a été critiqué pour ne pas en faire assez, par certains, ou pour en faire trop, par d'autres. La crise impose alors, aussi, de s'interroger sur le fonctionnement de cette structure atypique. L'analyse que nous mènerons doit se baser sur des fondements théoriques solides afin de saisir les spécificités de son organisation.

Section 3 - L'Eurosystème participant d'un renouvellement de la méthode d'intégration

L'étude historique menée à la première section démontre que l'Eurosystème est issu de consensus. Ceux-ci se font entre les États membres, entre eux et l'Union mais aussi entre la souveraineté et le marché. La section précédente a mis en lumière la précarité de ce consensus dont les moindres défauts de constructions peuvent – sous la pression de la logique du marché – fragiliser l'ensemble du système. Or, l'Eurosystème sort renforcé de la crise, qu'il a su gérer. Il importe alors de comprendre comment il parvient à préserver ce consensus.

Sa structure institutionnelle joue, pour cela, un rôle central. Elle lui garantit, à la fois, sa stabilité et sa flexibilité. Elle permet d'éviter une remise en cause en profondeur du consensus initial, mais, en même temps, de le renouveler quotidiennement. L'Eurosystème maintient alors un consensus entre la souveraineté qu'il exerce et la pression des marchés, et entre les spécificités propres à chaque Etat membre. C'est alors une analyse institutionnelle qui doit être menée.

En effet, l'Eurosystème est le fruit de la construction européenne, à laquelle il est aujourd'hui intégré. Il importe donc de situer son étude dans le champ du droit des institutions de l'Union. L'Eurosystème emprunte alors certains traits caractéristiques des institutions. Par d'autres côtés, il semble innover et recomposer certaines spécificités de la « méthode communautaire ». L'Eurosystème n'est pas un exemple isolé. Il s'inscrit dans la lignée

2

fall for the euro? », *CEPS commentary*, 12 janvier 2012 et de GRAUWE P., « A self-inflicted crisis », *CEPS Commentary*, 31 mai 2012.

²²⁷ NOYER C., « Europe : une crise financière, pas monétaire », précité..

²²⁸ Voir DEBARD T., « "Touche pas à mon euro" : quelques réflexions sur la prétendue crise de l'euro, l'endettement des États souverains et le déficit de l'Union européenne » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 155-168.

d'évolutions institutionnelles récentes au sein de l'Union. Il s'agit là d'un phénomène qui tend à reconstruire les liens entre la souveraineté et le marché comme entre l'Union et les États membres. Le développement des agences au sein de l'UE en atteste. Nous proposons de systématiser cette tendance récente, qui se présente comme un renouvellement des modalités du processus d'intégration européenne, nous l'appellerons « la méthode d'intégration verticale » (§1).

Cette « méthode » a un double potentiel heuristique. Ses fondements théoriques serviront de cadre d'analyse pour l'Eurosystème. De manière dialectique, l'approche pratique offerte par l'analyse des institutions monétaires permettra de révéler les forces et les faiblesses de la « méthode d'intégration verticale » (§2).

§.1 - La structure de l'Eurosystème : reflet des institutions de l'Union et de leurs évolutions

La préservation constante du consensus sur l'Union monétaire et ses modalités est garantie par le traité. Ce dernier transforme le consensus initial en des dispositions juridiques et institutionnelles. Le droit et les institutions permettent, à la fois, de garantir la continuité de l'intégration et de favoriser son approfondissement. Les dispositions monétaires du traité et l'Eurosystème sont alors le fondement de la pérennité de l'Union monétaire, notamment contre les oppositions entre États membres (A).

Pour jouer ce rôle, l'Eurosystème doit aussi sauvegarder le double consensus trouvé entre les États et l'Union et entre la souveraineté et le marché. L'emprise croissante du marché sur la souveraineté monétaire n'est pas une exception. Au contraire, le marché tend à imposer de nouvelles modalités d'exercice du pouvoir. Il exige notamment un renforcement continu de l'intégration européenne. C'est ainsi que se dégagent de nouvelles approches permettant de garantir la pérennité du double consensus (B).

A. *Le droit et les institutions garants de l'intégration monétaire*

L'Union monétaire est sauvegardée de l'ingérence des États par les dispositions du traité. Malgré le rôle central du Conseil européen dans l'Union monétaire, il lui est difficile de revenir sur le consensus trouvé à Maastricht. Gravé dans la lettre du traité, il est mis à l'abri des conflits politiques (1). Il est aussi protégé par l'Eurosystème qui a développé sa logique propre et autonome (2).

1) Le droit rempart contre l'intrusion des États membres dans les fondements l'Union monétaire

Dans l'intégration européenne, le droit a une fonction qui lui est propre. Il assure la pérennité du projet européen, voire en préserve le développement. Paré des vertus du droit, les consensus sur l'Union monétaire sont alors à l'abri des, éventuelles, remises en cause par les États membres.

Ainsi, l'Ecole dite de l' « integration through law » insiste sur la place du droit, en particulier par la jurisprudence de la Cour de Justice, dans l'évolution de l'intégration européenne²²⁹. L'œuvre créatrice de la Cour de Justice a permis l'édification d'une infrastructure solide sur laquelle le processus d'intégration a pu prospérer²³⁰. Cependant, les évolutions récentes de la méthode communautaire ont fait apparaître une décroissance du rôle de la Cour de justice et une reprise en main du processus d'intégration, par le biais de la révision des traités et du droit dérivé. Le droit continue, malgré tout, d'avoir un impact significatif sur le processus d'intégration. Pour G. de Búrca²³¹, le droit peut avoir cinq influences : attribuer certaines compétences à des institutions et influencer l'exercice du pouvoir²³², agir comme « *une force contraignante, nécessaire pour empêcher certains acteurs d'adopter une certaine posture politique* »²³³, plus subtilement il va « *structurer les paramètres au sein desquels ses interlocuteurs raisonnent* »²³⁴, avoir « *une dimension symbolique puissante* »²³⁵ notamment quant à la légitimité des décisions prises²³⁶, et, enfin, modeler les préférences des particuliers et des entreprises et les inciter à se tourner vers l'échelon européen²³⁷.

Appliquée au cas de l'union monétaire, cette typologie est particulièrement éclairante. Evidemment, le traité confie la compétence monétaire à l'Union et à l'Eurosystème. Mais surtout, cela explique le rôle central affiché à la stabilité des prix. Cette valeur inscrite dans le

²²⁹ Voir WEILER J.H.H., « Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant » *JCMS*, 1982, Vol. 21 n°1, pp. 39-56 ; DEHOUSSE R., « L'Europe par le droit », *Critique internationale*, 1999, n° 2, pp. 134-150 et pour une présentation synthétique : DULONG D., « La science politique et l'analyse de la construction juridique de l'Europe : bilan et perspectives », *Droit et Société*, 2001, n°3/49, pp. 707-728

²³⁰ L'une des formules les plus parlantes pour comprendre le rôle joué par la Cour de Justice dans l'intégration européenne est celle d'Eric Stein : « *Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe.* », STEIN E., « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », *AJIL*, 1981, Vol. 75 n°1, pp. 1.27.

Voir aussi : WEILER J.H.H., « Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant », précité, p. 45 ; voir aussi, AZOULAI L., « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, n° 44/1, pp. 29-45.

²³¹ de BURCA G., « Rethinking law in neofunctionalist theory », *JEPP*, 2005, Vol. 12 n°2, pp. 310-326.

²³² « *acts as an enabling force, empowering – and in certain instances aiming to compel – political actors to pursue certain ends or to pursue them by particular means (...) These legally defined competences purport to shape the way which power can, be exercised, in both procedural and substantive terms* », *idem*, p. 319

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ « *structures the parameters within which its interlocutors operate* », BURCA de G., « Rethinking law in neofunctionalist theory », *idem*, p. 320. Le droit de l'Union, va influencer la manière de raisonner – aussi bien sur la forme que sur le fond – de ses destinataires, et en particulier les administrations nationales. Le processus d'intégration se trouve renforcé par cette européanisation des processus de réception, d'application et d'appréhension intellectuelle du droit.

²³⁵ « *Law has a powerful symbolic dimension* », *ibidem*.

²³⁶ « *translating political decisions into binding norms invariably carries with it an assertion – whether more or less convincing – as to the legitimate authority of those decisions.* », *ibidem*.

²³⁷ « *law provides reasons for action as well as incentives for action on the part of social actors, and in so doing it can also shape the preferences and influence the value of actors. It provides them with reasons to change and to adapt their behaviour in response to legal norm, or because they respect the process from which those norms have emerged, or simply because laws are norms which have particular social and cultural status. Law also sometimes provides social actors with incentives to bring pressure to bear for the implementation and practical realization of legal norms in particular contexts, including through the courts* » *idem*, p. 321.

traité, qui permet d'éviter que la BCE ne s'en écarte, structure le raisonnement des acteurs politiques et économiques qui s'attendent alors à vivre dans un environnement de stabilité des prix. Il est, alors, beaucoup plus délicat de modifier cet acquis.

Ensuite, le droit, en lui-même, permet d'atteindre plus facilement le consensus et de le préserver. La traduction d'un point de friction du discours politique dans le discours juridique, le fait entrer dans « zone prétendument 'neutre' dans laquelle il est possible d'atteindre des objectifs qu'il serait impossible d'obtenir dans la sphère politique »²³⁸. Ainsi, le droit offre « la possibilité d'encadrer des luttes sociales en termes légaux, les détache de leur contexte social et les place dans l'institution du droit qui impose sa réelle force et sa vision normative. »²³⁹. Ainsi « le droit fonctionne à la fois comme un masque et comme un bouclier »²⁴⁰. Les débats seront alors protégés, derrière le masque technique du droit, d'interventions et de considérations d'ordre politique. Il s'ensuit que « d'importantes solutions politiques sont débattues et tranchées dans le langage et la logique du droit »²⁴¹. La frontière entre le droit et la politique ne saurait être étanche et ces décisions auront des conséquences politiques. Elles garderont pourtant toujours un caractère plus neutre, hérité de leur origine, agissant ainsi comme un bouclier. Une fois entré dans le domaine du droit, un conflit doit être résolu juridiquement, excluant ainsi les considérations politiques²⁴². Mais cela ne peut valoir que si les raisonnements en langage juridique restent dans la limite de ce qui est politiquement acceptable²⁴³.

Le processus d'intégration monétaire s'appuie sur cette fonction du droit. Les débats en matière monétaire, et notamment l'objectif prioritaire de stabilité des prix, sont alors protégés d'ingérences politiques par le biais du droit (masque). L'indépendance, accordée à l'Eurosystème, permet de le laisser hors de la sphère d'action politique (bouclier). Une fois créée par le droit, une institution aura d'ailleurs une logique propre faisant d'elle un agent du

²³⁸ « a purportedly "neutral" zone in which it is possible to reach outcomes that would be impossible to achieve in the political arena », BURLEY A-M & MATTLI G., « Europe Before the Court: a political Theory of Legal Integration », *International Organization*, 1993, Vol. 47 n°1, pp. 41-76, ici p. 72.

Voir aussi : MATTLI W & SLAUGHTER A-M., « Law and politics in the European Union: a reply to Garrett », *International Organization*, 1995, Vol. 49 n°1, pp. 183-190 ; « Revisiting the European Court of Justice », *International Organization*, 1998, Vol. 52 n.1, pp. 177-209.

²³⁹ « attempts to frame a broader social struggle in legal terms remove such struggles from their social context and place them within an institution of law which imposes its substantive rules and normative vision. », ARMSTRONG K.A., « Legal Integration: theorizing the Legal Dimension of European Integration », *JCMS*, 1998, Vol. 36 n°2, pp. 155-174, ici p. 166.

²⁴⁰ « law functions both as a mask and shield », BURLEY A-M & MATTLI G., « Europe Before the Court: a political Theory of Legal Integration », précité p. 72.

²⁴¹ « important political outcomes are debated and decided in the language and logic of law », *idem*, p. 44.

²⁴² « it retains an independent "non-political" rationale, which must be met by a counterargument on its own terms. Within this domain, then, contending political interests must do battle by proxy. The chances of victory are affected by the strength of that proxy measured by independent non-political criteria », *idem*, p. 72.

²⁴³ « Law can only perform this dual political function to the extent that it is accepted as law. A "legal" decision that is transparently "political", in the sense that it departs too far from the principles and methods of law, will invite direct political attack. It will thus fail both as a mask and as a shield. », *idem*, p. 73.

processus d'intégration²⁴⁴. Ainsi, aujourd'hui, l'Eurosystème a amené une dynamique autonome grâce à ses statuts, insérés dans le TFUE, et à l'indépendance qu'ils lui accordent.

2) L'Eurosystème, garant de l'Union monétaire

La mise en œuvre par l'Eurosystème des missions que le traité lui confie assure la pérennité des consensus autour de la monnaie unique. Avec la faculté de ce dernier de développer une logique qui lui est propre, la capacité d'ingérence des États membres diminue.

Le point de départ du processus est le traité et les structures institutionnelles qu'il met en place²⁴⁵. Ces structures institutionnelles vont façonner le processus d'intégration et influencer son évolution. C'est ce que P. Pierson, appelle « *path dependence* »²⁴⁶, à savoir la soumission des acteurs à la voie tracée par leurs choix originaux et leur incapacité à en maîtriser l'issue. Cette notion permet de comprendre le poids pris par les organisations supranationales dans le processus d'intégration. P. Pierson part du rôle central joué par les États membres et montre comment le processus d'intégration peut leur échapper. Pour des raisons d'effectivité, ils créent des institutions autonomes dotées d'un pouvoir de décision²⁴⁷. Or, « *avec le temps, les organisations des Communautés vont chercher à utiliser l'autonomie qui leur a été accordée dans leur propre intérêt ; et particulièrement pour augmenter leur propre autonomie* »²⁴⁸.

Ce pouvoir de décision initialement dévolu aux organisations supranationales, permet la création de « *fossés* » entre les institutions et les États. Ils ont pour origine : l'absence de vision à long terme des États face au fonctionnement quotidien d'institution, l'asymétrie d'information entre les États membres et les institutions, et la nécessité d'une rapidité, et d'une efficacité de la prise de décision qui vont conduire à une augmentation de cette autonomie des agents²⁴⁹. Or, les États membres n'exercent leur pouvoir que de manière

²⁴⁴ « *we find a process of legal change in which institutions-building within law (originally in response to environmental change) creates path-dependencies and routines which make long-term control over law by actors (including the EC) increasingly difficult. In other words, the forces which originally give rise to legal change have no long-term control over legal development.* », ARMSTRONG K.A., « Legal Integration: theorizing the Legal Dimension of European Integration », précité., p. 161.

²⁴⁵ Voir : STONE SWEET A. & SANDHOLTZ W. (dir), *European integration and supranational governance*, London, Oxford University Press, 1998 et STONE SWEET A., SANDHOLTZ W. & FLIGSTEIN N., *The Institutionalization of Europe*, New York, Oxford University Press, 2001. Ils ont cependant une vision large de la notion d'institution (« *an institution is a complex of rules and procedures that governs a given set of human interaction* » (p. 6) « *Institutions provide the structure in which social interaction – as opposed to random encounters – take place; they tend to pattern behaviour in particular ways* » (p. 7) STONE SWEET A., SANDHOLTZ W. & FLIGSTEIN N., « the Institutionalization of European Space » in STONE SWEET A., SANDHOLTZ W. & FLIGSTEIN N., *The Institutionalization of Europe*, précité, p. 1, ici p. 6-7) qui comprend la définition juridique formelle désignant les sept institutions énumérées par le Titre III du TUE : « Dispositions relatives aux institutions ».

²⁴⁶ La notion est quasiment intraduisible, tellement l'image est parlante en anglais. On peut éventuellement parler « d'effet de sentier ». Voir, PIERSON P., « The path to European Integration: A Historical-Institutional Analysis » in STONE SWEET A. & SANDHOLTZ W. (dir), *European integration and supranational governance*, prec., pp. 27-58

²⁴⁷ « *needed to create arrangements that would allow reasonably efficient decision-making and effective enforcement despite the involvement of a large number of governments with differing interests (...). These considerations generated pressure to grant those who run these organisations considerable authority.* » *idem*, p. 35.

²⁴⁸ « *Over time, EC organizations will seek to use grants of authority for their own purposes; and especially to increase their own autonomy* », *idem*

²⁴⁹ *Idem*, pp. 35-43

sporadique, lors de la négociation des traités. Entre chaque révision, des fossés se creusent. D'autant qu'il y a des risques et des difficultés inhérents aux tentatives de réduction de ces « fossés » : l'exigence de l'unanimité et le coût probable de ces réformes²⁵⁰. Enfin, le dernier apport de cette école – déterminant pour notre analyse – est la tendance à la reproduction des institutions. Ainsi, l'émergence de nouvelles structures au sein de l'Union est influencée par celles qui existent. Elles le sont directement par leur poids dans le processus d'intégration.

Une deuxième variante de la doctrine institutionnaliste²⁵¹, portée par A. Moravcsik, estime *a contrario* que ce sont les États qui constituent le point central de l'intégration européenne²⁵². Il met en avant le rôle crucial joué par le Conseil européen et le Conseil. Les institutions supranationales, et notamment la Commission, ne pourraient avoir aucun rôle car les négociations ont lieu entre les États. Or, ceux-ci ne se déterminent que sur la base de préférences déterminées nationalement. Les institutions de l'Union ne sont vues que comme l'agent des États membres qui ont, à l'issue d'un calcul rationnel, décidé de déléguer des compétences à l'Union, en fonction des bénéfices qu'ils peuvent en retirer. En tant qu'agents des États, les institutions ne peuvent avoir une marge de manœuvre discrétionnaire²⁵³.

Loin de se contredire, ces deux écoles se complètent et confirment la conclusion à laquelle les développements historiques ont menée. L'Union monétaire se développe sur la base d'un équilibre entre le Conseil européen et des institutions supranationales, l'Eurosystème. Seul le premier est capable de prendre les grandes décisions orientant la marche de l'Union, et notamment dans le cadre de la monnaie unique. En revanche, son fonctionnement quotidien doit être confié à des institutions supranationales. Le succès du volet monétaire et l'échec du volet économique démontrent l'importance d'institutions stables. Depuis le consensus trouvé un Maastricht, un phénomène de *path-dependence* s'est développé entre l'Eurosystème et les États. Ces derniers sont alors contraints, trop peut-être, par les choix faits en 1992, et notamment la consécration de la stabilité des prix comme objectif prioritaire des institutions monétaires. La crise actuelle et le débat autour de la sortie d'un État de la zone euro montrent que le processus n'est pas irréversible. Cependant, cette remise en cause possible ne se ferait

²⁵⁰ *Idem*, pp. 44-48.

²⁵¹ Pour un résumé des différentes approches institutionnalistes, voir le Chapitre 6 de l'ouvrage de SAURUGGER S, *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences Politiques, 2009, 483 p..

²⁵² « *liberal intergovernmentalism accords supranational institutions and officials less weight and prominence than neo-functionalism* », MORAVCSIK A., « Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach », précité, p. 519.

²⁵³ « *Two broad conjectures have been advanced to explain the efficiency and distributional outcomes of EC negotiations: the supranational and the intergovernmental bargaining theory hypothesis (...). The supranational hypothesis, traditionally held by practitioners and historians of European integration, stresses the decisive role of leading supranational officials (...). The Intergovernmentalist hypothesis argues, to the contrary, that an underlying demand for cooperation (...) imposes a binding constraint on negotiation. (...) interested government are able to act as their own political entrepreneurs, or construct efficient institutions – notably the European Council, various coordination committees within the Council of Ministers, and the Council Secretariat – to help them bargain efficiently. Negotiators focus instead primarily on the distribution of benefits, which are shaped by the relative power of national governments* », MORAVCSIK A., « The European Constitutional Settlement », *The World Economy*, 2008, Vol. 31 n°1, p. 158, ici p. 164.

pas sous la pression des États mais bien celle du marché. Cet équilibre est le plus délicat à maintenir. Pour ce faire, il faut adapter la structure institutionnelle afin qu'elle réponde aux critères nécessaires pour répondre aux attentes du marché.

B. *L'Eurosystème participant d'un phénomène de recomposition des institutions*

L'Eurosystème n'est pas une exception. Au contraire, il s'inscrit dans un mouvement de recomposition des rapports entre marché et souveraineté et entre État et Union. Ce dernier a été initié dès les fondements de la construction européenne où l'intégration s'émancipe de la souveraineté et vient adapter ses institutions aux besoins du marché (1). Ce processus n'est pas achevé. Au contraire, il devient de plus en plus multiple. Des nombreuses approches théoriques cherchent alors à en comprendre les évolutions récentes. Leur étude démontrera que l'Eurosystème participe d'un phénomène plus vaste (2).

1) L'Eurosystème : héritier d'un équilibre fondateur

L'équilibre trouvé au sein de l'Union monétaire entre l'expansion du marché et le déclin de la souveraineté n'est pas unique. Au contraire, c'est sur cette dialectique que se sont construites les institutions de l'Union. On comprendra alors en quoi l'Eurosystème n'est pas une exception mais, au contraire, un héritier du consensus fondateur du projet européen.

Par nature, la méthode communautaire s'inscrit en rupture avec les modèles classiques de l'État et de la souveraineté. Les pères fondateurs ont choisi une méthode *ad hoc* de prise de décision. Détachée des traditions nationales et internationales, elle s'est construite comme une nouvelle forme d'exercice du pouvoir. Cette méthode est plus proche des mutations contemporaines, et notamment du primat de l'économie. Les pères fondateurs devaient rompre avec le modèle des organisations internationales classiques. Néanmoins, à l'époque pas plus qu'aujourd'hui, les États membres n'étaient prêts à s'engager dans la voie d'une réelle fédération. Ils ont ainsi construit un système « *qui défie l'orthodoxie des logiques constitutionnelles des États, tout en se dissociant des organisations internationales classiques* »²⁵⁴. Pour cela ils ont dû faire preuve « *d'originalité* », mais surtout de « *créativité* » et de « *réalisme* »²⁵⁵. Ce dernier trait est fondamental : les institutions de l'Union ne répondent pas à un modèle théorique préconçu, mais à un impératif de pragmatisme. Cette nécessité est devenue, au fil du temps, un atout car le système de l'Union a su, plus que celui des États membres, s'adapter à l'essor du marché aux dépens de la souveraineté.

En effet, cette dernière était la principale cible du pragmatisme des pères fondateurs. Le ménagement à son égard par les précédents projets a causé leur échec, mais une trop grande atteinte à celle-ci induirait le rejet des États membres²⁵⁶. Pour ce faire, le système

²⁵⁴ SOLDATOS P., *Les fondamentaux de l'architecture constitutionnelle de l'Union européenne : essai éclectique d'analyse critique*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 174 p., ici p. 1.

²⁵⁵ *Ibidem*.

²⁵⁶ Ce que P. Soldatos appelle : « *l'impératif d'acceptabilité du système par certains États* », *ibidem*.

institutionnel ne remet pas en cause la souveraineté externe des États membres²⁵⁷. En revanche, il vient l'attaquer subtilement de l'intérieur et exercer un pouvoir nouveau sur le territoire même des États. La logique expansive des compétences de l'Union érode la souveraineté au sein même des États membres²⁵⁸.

Pour ce faire, la construction des institutions de l'Union répond au primat du pragmatisme sur celui de l'idéologie, comme aujourd'hui il semble que le marché tende à primer sur la souveraineté. Le pragmatisme initial des pères fondateurs a permis aux Communautés de se bâtir directement sur les exigences d'un monde en mutation, auquel les États semblent avoir tant de mal à s'adapter. En effet, comme le résume le Professeur Ladeur : « *les principes qui caractérisent la rationalité des États nations ont été soumis à un processus érosif qui doit être étudié afin de donner une vision juste des conditions politiques dans lesquelles le processus d'intégration européenne a lieu* »²⁵⁹. L'érosion des principes d'organisation des États dérive de l'opposition – et de la concurrence – entre les logiques de la souveraineté et du marché. L'État se fonde, et fonde son pouvoir, sur la notion de souveraineté. Le marché s'affirme dès le XVI^e siècle, s'impose au XIX^e siècle comme une force nouvelle, se renforce au cours du XX^e siècle et aujourd'hui il se dresse comme un équivalent à la souveraineté²⁶⁰. Il est ainsi en position d'imposer la rationalité économique comme contrepoin à la rationalité politique²⁶¹.

Le marché et l'État entretiennent une relation complexe : « *l'Etat, en tant que structure de souveraineté, regarde vers le marché pour y puiser de la force, mais subit, en même temps, une perte de souveraineté en obéissant au marché* »²⁶². D'autant que le marché a une logique qui lui est propre et le rend auto-suffisant et le dispense du droit, voire du politique²⁶³. Ainsi, du fait des prétentions autorégulatrices du marché, opposées à l'action naturelle de l'État, ce dernier se voit dépossédé d'une part de sa souveraineté. Ainsi, c'est la souveraineté dans son ensemble – et pas seulement la souveraineté monétaire – qui s'érode sous la pression du marché.

L'État doit alors se transformer afin de garantir sa pérennité face aux marchés. Cette évolution des structures étatiques est aussi dictée par les besoins des sociétés modernes, devenue des sociétés complexes. Comme le rappelle J. Chevallier, « *La société actuelle serait caractérisée*

²⁵⁷ Sauf dans les domaines où l'Union dispose d'une compétence exclusive ou lorsqu'elle exerce une compétence partagée par voie de Traité. Mais ce n'est pas là le trait dominant du système institutionnel, d'autant qu'il est le fruit d'une évolution jurisprudentielle postérieure.

²⁵⁸ Voir SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 230 p. ici p. 40.

²⁵⁹ « *the principles which characterised the rationality of nation-state have themselves been subject to a process of erosion which must also been examined if an accurate description of contemporary political preconditions for European integration is to be given* », LADEUR K.-H., « *Toward a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept* », *ELJ*, Vol. 3 n°1, 1997, pp. 33-54, ici p. 3.

²⁶⁰ « *le domaine normatif du marché constitue désormais une organisation hétérogène face à la société politique* », *idem*, p. 109.

²⁶¹ « *la norme économique, telle que produite par un marché autorégulé qui s'institutionnalise, s'installe à ce titre, au cœur de la société dont elle est le fondement* », *idem*, p. 107.

²⁶² *Idem*, p. 104.

²⁶³ Voir FRISON-ROCHE M.-A., « *Le modèle du marché* », *APD*, 1995, n° 40, pp. 287-313.

par la complexité, le désordre, l'indétermination, l'incertitude »²⁶⁴. Provoquée évidemment par l'avènement du marché, ces transformations sont ensuite catalysées par les progrès scientifique et technologique.

Cela va transformer les modalités d'exercice du pouvoir au sein des Etats. Un décalage apparaît entre la conception de l'État souverain, telle qu'il a été conceptualisé depuis les philosophes des Lumières, et les évolutions modernes²⁶⁵. La place centrale prise par l'économie et le marché a fait changer les traits caractéristiques de l'État moderne où, comme le dit E. Haas : « *Les statistiques remplacent les dogmes et les idéologies* »²⁶⁶. Alors, « *Les sociétés industrielles sont gouvernées par des technocrates, inévitablement* »²⁶⁷. Ils sont devenus « *les éminences grises des pouvoirs publics et privés, locaux, nationaux et régionaux* »²⁶⁸. L'information joue un rôle capital et sa maîtrise devient un enjeu. Les détenteurs du pouvoir, pour maintenir leur influence, doivent se spécialiser, on assiste alors à un morcellement de ces détenteurs, chacun spécialisé dans un domaine.

L'État est alors obligé de revêtir de nouvelles fonctions pour satisfaire aux exigences des sociétés devenues trop complexes. Pour J. Habermas, à côté des administrations de type classique, se développent l'État providence – chargé de « *la prospérité sociale* » – et l'État sécuritaire, tributaire d'une fonction de « *prévention* »²⁶⁹. L'administration moderne aurait recourt « *à d'autres ressources, c'est-à-dire respectivement à l'argent et à des prestations infrastructurelles, ou à l'information et aux connaissances des experts* »²⁷⁰. De même, le Professeur Majone distingue les fonctions de « *redistribution* », de « *stabilisation* » et « *régulatrice* »²⁷¹ qui correspondent aux fonctions de « *transfert de ressources* », de « *maintien d'un niveau satisfaisant de croissance économique, d'emploi et de stabilité des prix* » et enfin de correction des « *diverses formes de "défiance du marché"* »²⁷²

La construction européenne ne se situe pas dans les tumultes dont l'État est victime. Débarrassée de la souveraineté, l'Union peut mieux se soumettre aux impératifs, de plus en plus contraignants, du marché. Cela va s'avérer décisif pour la construction du système

²⁶⁴ CHEVALLIER J., *L'État post-moderne*, 2^{ème} Ed., LGDJ, Paris, 2004, 226 p., ici p. 14.

²⁶⁵ Sur ce thème voir FOUCAULT M., « La gouvernementabilité » in *Dits et écrits, 1954-1988. III, 1976-1979*, Gallimard, Paris, 1994, pp. 635-657.

²⁶⁶ « *Statistics tend to replace ideology and dogma. Permanent negotiation and occasional conciliation tend to replace active confrontation, doctrinaire discussion and class warfare* », HAAS E.B., « Technocracy, Pluralism and the New Europe » in GRAUBARD S. (ed.) *A New Europe*, Boston, Houghton, Mifflin Co, 1964, pp. 62-88, ici p. 68.

²⁶⁷ « *Industrial society is run by technocrats, inevitably* », HAAS E.B., « Technocracy, Pluralism and the New Europe », précité, p. 70.

²⁶⁸ « *And so the technocrat has become the eminence grise of all government, public and private, local, national and regional. As the function of parliamentary opposition has lost its sharpness the average citizen has lost much of his interests in politics* », *idem*, p. 70.

²⁶⁹ HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 2012, 551 p., ici p. 463.

²⁷⁰ *Idem*, p. 464.

²⁷¹ MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996, 158 p., ici p. 13.

²⁷² *Ibidem*.

institutionnel de l'Union²⁷³. Rapidement « *la scission entre sphère politique et sphère économique se combine avec celle qui existe entre structure nationale et structure métanationale* »²⁷⁴. Le système institutionnel communautaire est adapté aux exigences du marché. Au sein de ses institutions, les considérations économiques – traduites en termes neutres, en termes juridiques – priment les considérations politiques. Ainsi : « *la sphère économique prend ouvertement le pas sur la sphère politique, soit directement, comme dans le cas de la BCE (...), soit indirectement, comme dans le cas de la "constitution économique"* »²⁷⁵.

Le système institutionnel et conceptuel de l'Union européenne est ainsi mieux armé que celui des États membres pour faire face aux défis posés par l'avènement du marché et le défi de la complexité. L'Union est fondée sur un dogme économique, qui est devenu prédominant et qui induit les transformations auxquelles les États doivent faire face. Le contexte dans lequel elle démarre, a fait que : « *L'entreprise d'intégration européenne semble, en effet, être précurseur de la mondialisation sur le plan temporel autant que fonctionnel : elle la précède dans le temps mais lui servirait aussi de modèle avancé* »²⁷⁶. Fondé dans ce contexte, l'Eurosystème est alors génétiquement apte à répondre aux exigences du marché tout en réussissant à le contrôler. Cependant, il renouvelle cet héritage. Même s'il s'appuie sur la méthode communautaire²⁷⁷, il en renouvelle les caractéristiques.

2) L'Eurosystème inscrit dans l'évolution du système institutionnel de l'Union et de son appréhension

L'avènement de la monnaie scripturale et la libre convertibilité des monnaies ont signé la fin du contrôle du crédit par les États et leurs Banques centrales. Elles doivent aujourd'hui se contenter d'influencer le marché monétaire. Il leur faut, pour cela, jouer de contraintes mais aussi d'incitation, de dialogue et de persuasion. Le marché – ses acteurs comme ses besoins – doit alors être intégré dans la conception même de l'action de l'Eurosystème. Encore une fois, celui-ci n'est pas une exception. Au contraire, ce type de technique a déjà été étudié. Quelque soit l'école, elle se fonde sur la nécessité de trouver des alternatives au modèle étatique afin de gérer les sociétés modernes, et notamment les marchés. Ces approches sont formulées soit en termes de régulation (a), soit de gouvernance (b).

Cependant, l'intégration européenne ne doit pas se contenter de garantir le consensus entre souveraineté et marché. Il faut toujours que soit maintenu celui entre Union et État, à savoir trouver les modalités acceptables pour les États de transfert d'une partie de leurs pouvoirs.

²⁷³ « *La relation entre souveraineté et marché, en tant que foyers générateurs de puissance dans les sociétés de marché, s'avère donc centrale, et finalement paradigmatique pour la forme que l'Europe unie est en train d'acquérir.* » SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, précité, p. 5.

²⁷⁴ *Idem*, p. 120. L'auteur utilise le terme «méta-national» pour désigner l'Union.

²⁷⁵ *Idem*, p. 117.

²⁷⁶ SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, précité, p. 143. Voir aussi, pour une approche assez visionnaire notamment des techniques de mise en œuvre du droit de l'Union, CHAMPAUD C., « L'apport du droit communautaire au droit économique », *CDE*, 1970, n° 5, pp. 557-567.

²⁷⁷ Voir *infra*, Chapitre 2 du Titre 1 de la première partie.

Cet équilibre trouvé par l'Eurosystème n'est pas unique. Repenser la construction européenne par le biais du réseau permet de le montrer (c). Plus pragmatiquement, le développement des agences de l'Union illustre le renouvellement de l'équilibre entre les États et l'Union (d).

a) La régulation

La notion de régulation a été utilisée pour définir la nature de l'Union. La régulation se décrit par son objet et par ses institutions. La régulation se rattache prioritairement au marché, et aux risques qui en découlent²⁷⁸. Pour G. Majone « *la fonction régulatrice tente de corriger diverses formes de "défiance" du marché* »²⁷⁹. C'est bien souvent la notion de « *régulation du risque* »²⁸⁰ qui est mise en avant²⁸¹. La régulation est par nature fonctionnelle : son intervention a un but précis, caractère qu'elle partage avec le projet européen. Elle « *consiste en un contrôle permanent et concentré, exercé par une autorité publique sur des activités dotées d'une certaine valeur sociale* »²⁸². Cette double exigence, permanence et concentration, a conduit la régulation à prendre une forme institutionnelle spécifique. Elle se fait « *par l'intermédiaire d'autorités agissant en dehors de l'autorité ou de la supervision hiérarchique exercée par l'administration centrale* »²⁸³. La spécialisation des autorités dérive du caractère de plus en plus technique des tâches que l'État doit aujourd'hui assumer. Leur indépendance vient d'un souci d'impartialité qu'elles doivent avoir, tant au regard des acteurs que du monde politique²⁸⁴. Ce type d'autorité, conjuguant indépendance et spécialité (technicité), seraient les plus à même d'exercer les fonctions de régulation. Enfin, « *la régulation du risque tend à ignorer la distinction de base entre les normes législatives et celles qui les exécutent* »²⁸⁵. La complexité des matières les rend imperméables à une trop grande généralisation – propre à la loi – et impose au contraire l'existence de schémas souples, pouvant être adaptés rapidement par une autorité spécialisée à tout type de situation²⁸⁶. Deux caractéristiques fondamentales de la régulation sont mises à jour ici : le

²⁷⁸ La présentation qui sera faite ici est volontairement sommaire. Elle ne se base que sur les écrits relatifs au droit de l'Union et ne prend pas en compte les développements internes relatifs notamment aux autorités de régulation. En effet, il ne s'agit que de capter l'essence du phénomène tel qu'il se développe à l'échelon européen et non d'en cerner les détails techniques et les spécificités nationales.

²⁷⁹ MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 13.

²⁸⁰ « *risk regulation* » DEHOUSSE R., « European institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or regulatory structure? », *CMLR*, 1998, Vol. 35, pp. 595-627, ici p. 600.

²⁸¹ « *the assessment and management of risks that may result from natural events or human activities* » *Ibidem*.

²⁸² MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 18.

²⁸³ *Idem*, p. 33.

²⁸⁴ « *Ces autorités seraient justifiées par le besoin simultané d'une compétence dans les domaines d'une grande complexité ou d'une haute technicité, et d'une fonction de régulation ou d'arbitrage qui ne convient pas à un organe de gouvernement ; une structure de ce type pourrait favoriser la participation publique* », *idem*, pp. 34-35.

²⁸⁵ « *risk regulation tend to ignore lawyers' basic distinction between legislative decision and implementing rules* », DEHOUSSE R., « European institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or regulatory structure? », précité, p. 600.

²⁸⁶ « *By their very nature, the problems dealt with such framework cannot be anticipated in the legislative phase; the precise nature of the hazards, the likelihood that they will materialize, and the kind or response they will require are often uncertain. Not only will the technical nature of the likely problems requires use of expert knowledge at various stages of the process but, equally importantly, implementation decisions often acquire a*

rejet de la dichotomie entre élaboration d'une norme générale et son application, et la délégation de la gestion des problèmes.

Parmi ces autorités, les institutions de l'Union ont pris une place de choix. En effet, les institutions supranationales réunissent les caractéristiques des autorités de régulation. Elles sont par nature fonctionnelles, technocratiques²⁸⁷ et indépendantes, et peuvent « *atteindre un degré d'efficacité plus élevé que les États membres agissant individuellement* »²⁸⁸. Les États membres vont ainsi déléguer des fonctions de régulation à l'Union, le plus souvent à la Commission, car c'est à son niveau que la régulation sera efficace²⁸⁹. Or, cette déficience du niveau national se fait croissante sous l'effet du *spill-over*, du manque de mutuelle confiance des États membres²⁹⁰ – qui les pousse à confier de nouvelles prérogatives à la Commission notamment – et des avantages de la régulation européenne. Parmi ceux-ci, se trouve la possibilité de sortir un secteur de la sphère politique et sociale nationale²⁹¹. L'Union serait « *un État régulateur* » ou une « *regulatory structure* » avec comme traits saillants : son indépendance politique – qui renvoie à la notion de supranationalité fondée sur une autonomie par rapport aux États membres, donc aux pressions politiques – sa spécialisation technique, pour ne pas dire technocratique, et la frontière floue qui y émerge entre la législation et son application, entre production et mise en œuvre de la norme. La création de l'Eurosystème répond s'inscrit à la fois dans les buts fixés par la régulation, garantir la stabilité de la monnaie face au marché, et dans ses techniques, dont l'indépendance.

b) La gouvernance

La notion de régulation semble aujourd'hui, dans le champ des études de l'Union européenne, s'être effacée au profit de celle de gouvernance. La gouvernance contraste par rapport à d'autres formes d'exercice du pouvoir, notamment le gouvernement (rigide et hiérarchique), par son caractère flexible. La notion n'est pas nouvelle, mais elle a été popularisée en doctrine par la publication en 2001, d'un Livre Blanc intitulé « *Gouvernance européenne* »²⁹². Le document ne cherche pas à définir précisément la notion mais à poser les principes d'une « *bonne gouvernance* ». Tout au plus, il la définit comme « *les règles, les processus et les comportements qui influent sur l'exercice des pouvoirs au niveau européen, particulièrement au niveau de l'ouverture, de la participation, de la responsabilité, de l'efficacité et de la cohérence* »²⁹³. Nous n'en saurons pas plus...

2

significant political salience », DEHOUSSE R., « Misfits: EU law and the transformation of European governance », *JMWP*, 02/02, 2002.

²⁸⁷ Sur ce point voir, HAAS E.B., « Technocracy, Pluralism and the New Europe », précité, p. 64-65.

²⁸⁸ « *achieve greater efficiency than the Member States acting individually* », DEHOUSSE R., « European institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or regulatory structure? », précité, p. 596.

²⁸⁹ Voir MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 62.

²⁹⁰ « *La faible crédibilité des accords purement intergouvernementaux explique que les États membres soient désireux de déléguer à la Commission d'importants pouvoirs de régulation.* », *idem*, p. 65.

²⁹¹ *Ibidem*.

²⁹² Commission européenne, « Livre Blanc : Gouvernance Européenne », COM(2001)428 final, du 25 juillet 2001.

²⁹³ *Idem*, p. 9 note 1.

La notion de gouvernance a deux sens principaux et complémentaires. « *une conception "gestionnaire" voyant là la représentation d'un effort de modernisation de l'action publique permettant d'en assurer l'efficacité* » et « *une vision plus idéologique de la nouvelle gouvernance, selon deux axes dominants : la limitation du rôle des politiques et l'entrée dans les processus d'action publique d'acteurs non gouvernementaux (...) il y a là une ouverture, une transparence du pouvoir, une association, mobilisation de la société civile (...) et la gouvernance est alors une nouvelle forme de démocratisation de la gestion des affaires publiques* »²⁹⁴. La seconde définition venant souvent réaliser les buts que la première se fixe. Ce sont les techniques propres à la seconde qui vont nous intéresser, d'ailleurs plutôt que de parler de gouvernance, à l'image du Professeur Blanquet et de la doctrine en langue anglaise²⁹⁵, nous parlerons de la « nouvelle gouvernance »²⁹⁶.

La nouvelle gouvernance se construit tout d'abord en opposition par rapport à la notion de gouvernement. Dans les conditions actuelles de complexité et d'incertitude auxquelles l'État est confronté, il devient quasiment impossible de fixer à l'avance les buts de l'action étatique dans un secteur où le pouvoir a été dispersé²⁹⁷. La gouvernance intervient alors là où le gouvernement a échoué. Ainsi, elle ne poursuivrait plus l'intérêt général mais des intérêts précis dans une optique fonctionnelle²⁹⁸. Dans ce contexte, les outils de la gouvernance ne peuvent être ceux du gouvernement. D'autant que le pouvoir n'est plus là pour imposer mais pour octroyer une liberté, pour reconnaître des droits plus que pour imposer des obligations²⁹⁹. L'exemple monétaire est ici frappant et précurseur : les Banques centrales ne sont plus là pour créer de la monnaie – les banques commerciales étant libres de le faire – elles sont là pour tenter d'influencer la création monétaire.

Pour autant, le caractère fonctionnel de la gouvernance empêche de pouvoir donner un panorama exhaustif de ses caractéristiques. Elle est par nature en mutation. La gouvernance se définit plutôt comme « *une série de fonctions indispensables qui peuvent être remplies par*

²⁹⁴ BLANQUET M., « Le système communautaire à l'épreuve de la "gouvernance européenne" Pour une "nouvelle gouvernance raisonnée" » in *Mélanges G. Isaac*, Toulouse : Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 239-269, ici p. 241.

²⁹⁵ Qui parle le plus souvent de « new governance ».

²⁹⁶ Il faut, en effet, se méfier de la trop grande polysémie de la notion. Comme le dit C. Scott : « *There is no consensus on what the concept of governance connotes.* » SCOTT C., « Governing Without Law or Governing Without Government ? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU », *ELJ*, 2009, Vol. 15 n°2, pp. 160-173, ici p. 164.

²⁹⁷ « *The possibility conditions for experimentalist governance are arguably quite minimal : strategic uncertainty, meaning that policy makers recognise that they cannot rely on their strategic dispositions (...) to guide action in a particular domain (or equivalently that they do not know how to achieve their declared goals) and a multipolar or polyarchic distribution of power, in which no single actor has the capacity to impose her own preferred solution without taking into account the views of others* », SABEL C.F. & ZEITLIAN J., « Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance if the EU », *ELJ*, Vol. 14 n°3, 2008, pp. 271-327, ici p. 280.

²⁹⁸ « *la nouvelle forme de l'exercice du pouvoir se résume en une actualisation de l'action gouvernementale à titre d'interventions pondérées dans le cas d'espèce.* » SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, précité, p. 109.

²⁹⁹ « *la gouvernance façonne des comportements à travers la liberté qu'elle reconnaît à ses sujets (gouvernement de conduites) et pour cette raison reste, par rapport à eux, interactive et productrice* », SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, précité, p. 137.

une série d'arrangements institutionnels possibles »³⁰⁰. C. Scott identifie trois niveaux de nouveauté : dans le cadre juridique, dans les institutions ou les instruments, et dans les buts³⁰¹. Le but premier d'Union reste toujours le marché unique. Celui-ci se transforme : au lieu de chercher seulement la libéralisation du marché unique, le but est d'en assurer l'efficacité. Il faut passer de la libéralisation du marché à son organisation. Par exemple : il ne faut pas se contenter de créer une monnaie unique, mais la gérer efficacement dans l'intérêt du marché. On retrouve ici la logique fonctionnelle de la gouvernance.

La majorité des innovations de la gouvernance se fait dans le second domaine : celles instrumentales et institutionnelles. C'est sur les instruments que la rupture avec la notion de gouvernement se fait le plus sentir³⁰², notamment la rupture avec la supériorité de la loi³⁰³ au profit de nouveaux outils centrés sur le concept de « nodal »³⁰⁴. « Le concept de nodal nous informe sur la position des gouvernements au centre de réseaux élaborés d'échanges d'informations et de prévisions (...) qui peut être exploitée pour modifier les manières dont les acteurs envisagent ce qui est possible et/ou souhaitable »³⁰⁵. On est ici au cœur de la notion de gouvernance qui met en avant le rôle fondamental des réseaux et de l'information. La gouvernance ne cherche pas à imposer des choses aux acteurs mais à influencer leurs comportements. Elle se construit « comme des possibilités d'action sur des possibilités d'action, comme des relations de pouvoir sur d'autres relations de pouvoir »³⁰⁶. Pour exercer une telle influence, la gouvernance inclut tous les acteurs dans un réseau rassemblant pouvoirs publics et pouvoirs privés dans des relations d'interdépendance et de coopération³⁰⁷. Ainsi, le réseau s'impose comme la forme optimale d'action et la *soft law* sera privilégiée car considérée comme plus efficace³⁰⁸. Les instruments de la gouvernance se rapprochent alors de ceux de la régulation mais aussi des techniques utilisées par l'Eurosystème dans sa gestion de la création monétaire par les banques.

³⁰⁰ « a set of necessary functions which can be performed through a variety of possible institutional arrangements », SABEL C.F. & ZEITLIAN J., « Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance if the EU », précité, p. 274.

³⁰¹ SCOTT C., « Governing Without Law or Governing Without Government ? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU », précité, p. 165 (il opère des emprunts à J. Black, 'What is regulatory innovation', in J. Black, M. Lodge and M. Thatcher (eds), *regulatory Innovation: A Comparative Analysis* (Edward Elgar, 2005) at 9)

³⁰² Voir, COMELLA R., « New Governance Fatigue ? Administration and Democracy in the European Union », *JMWP*, 06/06, 45 p., ici p. 4.

³⁰³ « new governance mechanisms deviate from the 'rule by law' model », SCOTT C., « Governing Without Law or Governing Without Government ? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU », précité, p. 166.

³⁰⁴ « nodality », *ibidem*.

³⁰⁵ « The concept of nodality alerts us to the position of governments at the centre of elaborate networks of exchange of information and perspectives (...) which can be harnessed to shape the way that other actors think about what is possible and/or desirable », *ibidem*.

³⁰⁶ SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, précité, p. 23.

³⁰⁷ Voir, *idem*, p. 132.

³⁰⁸ « instruments which are not legally binding but which may have (and indeed are intended to have) practical effects », SCOTT C., « Governing Without Law or Governing Without Government ? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU », précité, p. 167.

La nouvelle gouvernance a bien été résumée par Rosa Comella autour de deux principes : « *partenariat* » et « *flexibilité* ». Le premier reflète l'interdépendance qui se crée entre les différents acteurs³⁰⁹ ; tandis que le second décrit les instruments à la disposition de ces acteurs³¹⁰. Les deux principes interagissent pour créer alors de nouvelles possibilités d'exercice du pouvoir.

La gouvernance se soucie peu des innovations institutionnelles. Comme le dit N. Scandamis : il s'agit d'une « *approche théorique privilégiant l'action aux dépens de l'actant qui recule jusqu'à devenir invisible* »³¹¹. Peu de cas est fait, par les tenants de la gouvernance, des institutions³¹². Ici les notions deviennent floues et s'entremêlent. Ainsi, les principaux apports de la notion de régulation seront repris et les institutions de la gouvernance seront celles de la régulation. Le langage devient confus et les auteurs parlent alors de « *regulatory governance* »³¹³. Là où la régulation insistait sur l'indépendance des institutions, la gouvernance insiste sur leurs outils. Ces deux approches se complètent et démontrent l'appartenance de l'Eurosystème – ses structures comme ses outils – à un phénomène plus vaste.

c) Le réseau

Comme parfois la gouvernance, l'idée de réseau est portée par un effet de mode. Au-delà, cependant, cette approche peut permettre une meilleure compréhension du droit de l'Union³¹⁴, comme l'a montré E. Ladeur qui redéfinit la supranationalité à partir de l'idée de réseau³¹⁵. Il fonde sa réflexion sur « *la reconstruction de la fonction de l'État-Nation* »³¹⁶. Le point de départ de sa réflexion est l'impossibilité de penser l'Union européenne à partir des concepts sur lesquels ont été fondés les États modernes. Une telle démarche comporte deux inconvénients majeurs : ne penser l'Europe que comme une extension territoriale des États³¹⁷

³⁰⁹ « *the principle of partnership operates to structure the participation and relationship amongst all actors involved, placing a strong emphasis in fostering collaborative links between the public and the private* » COMELLA R., « *New Governance Fatigue ? Administration and Democracy in the European Union* », précité, p. 12.

³¹⁰ « *The principle of partnership is interconnected with that of flexibility. Flexibility refers to the preference of those regulatory tools that provide better adaptability to new or unforeseen circumstances, or foster regulatory innovation. Traditional command-and-control regulatory tools are demoted in favour of self-regulation, negotiated regulation, and 'soft law' techniques such as non-binding coordination, or even purely informal exchange of information* », *idem*, p. 13.

³¹¹ SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, précité, p. 133.

³¹² Dans son article précité, Colin Scott a du mal à en identifier. Voir, SCOTT C., « *Governing Without Law or Governing Without Government ? New-ish Governance and the Legitimacy of the EU* », précité, pp 167-169.

³¹³ SCOTT C., « *Regulatory governance and the challenge of constitutionalism* », *EUI Working Papers, Private Regulation Series-02*, 2010/07, 20 p.

³¹⁴ Voir notamment le colloque : *Internormativité et réseaux d'autorités* sous la direction de L. Idot et S. Poillot-Peruzzetto publié aux Petites Affiches du 5 octobre 2005 (n° 199) et de 6 octobre 2005 (n° 2000).

³¹⁵ LADEUR K.-H., « *Toward a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept* », précité.

³¹⁶ « *a reconstruction of the Function of the Nation-state* », *idem*, p. 40.

³¹⁷ Voir *idem*, p. 34.

fondée sur les ruines de conceptions datées de l'Etat. Il propose une approche fonctionnelle de l'Etat³¹⁸ et en déduit l'émergence du paradigme du réseau, au sein des Etats, avant de démontrer la pertinence particulière de cette notion pour l'analyse de la supranationalité.

L'Etat ne doit pas être approché comme une unité idéale à laquelle les citoyens s'identifieraient permettant ainsi de construire sa légitimité. Au contraire, celle-ci dérive des différentes fonctions exercées par l'Etat, dans l'intérêt des citoyens³¹⁹. C'est ainsi qu'il va s'assurer de la loyauté de ses ressortissants³²⁰. Débarrassé de la conception unitaire de l'Etat, l'auteur peut l'envisager par le biais du réseau. Si les États ont réussi, en s'attribuant le monopole de la production juridique, à construire des ordres uniques et hiérarchisés, les transformations imputables à la « globalisation » rendent un tel processus impossible pour l'Union européenne. D'autant que ces transformations ont remis en cause les États eux-mêmes. « *Ce n'est donc pas vraiment l'unité de l'État "souverain" (...) qui est en jeu, mais plutôt l'unité des sujets de droit privé et l'homogénéité de l'ordre juridique universel et abstrait dans sa globalité* »³²¹. Face à ces transformations, l'action publique, pour rester effective, se doit de changer de forme et de prendre celle du réseau, l'évolution des sociétés modernes ayant rendu inopérants les outils traditionnels fondés sur la loi³²². Le réseau va permettre de dégager des solutions qui ne pourraient pas l'être par d'autres modes *d'exercice* du pouvoir opérant dans un contexte d'une complexité grandissante³²³. L'une des caractéristiques principales, et même déterminantes, du réseau est de permettre une flexibilité du droit, car rien n'est conçu à l'avance et tout se conçoit au fil du temps³²⁴.

Dans le cadre de l'Union européenne, le concept de réseau prend tout son sens. D'abord parce que d'un point de vue conceptuel « *la relation particulière qui unit l'Union et les États*

³¹⁸ « *a suitable entry point to a theory of European integration can only be found first by reconstructing the nation-state as a differentiation of functional reference frameworks and by avoiding its reduction to notions of the personal substrata and decisional sovereignty* », *idem*, p. 42.

³¹⁹ « *Current and earlier crises faced by the nation-state should not be obscure by the fact that the state cannot simply be reduced to an origin-myth for collective order. Rather, the state has also had considerable practical, institutional and organisational significance during the process of modernisation and industrialisation* », *idem*, p. 40.

³²⁰ « *Recourse to some constructed 'identity' of a quasi-personal state which is detached from its overall historical context can only lead to error* », *idem*, p. 43.

³²¹ « *It is therefore not merely the unity of the 'sovereign' state (...) that is at stake, but rather the unity of private legal subjects and the homogeneity of the entire, abstract, universal legal order* », *idem*, p. 44.

³²² Au contraire, il faut privilégier la négociation, *idem*, p. 46.

³²³ « *The network concept nonetheless must not be reduced to a bare notion of regular cooperation. Rather, it is the process of cooperation itself which furnishes solutions to complex problems via joint problem definition and the drafting of a possible decision, which is then subject to ongoing evaluation on the basis of 'new knowledge'* », *ibidem*.

³²⁴ « *a network is, first, more than a variously densified grouping of negotiated relationships among stable subjects. The interest in using the concept lies in the complementarity and interdependence of the components and a synergy effect which produces new options which are accessible through the network as such, and are not the mere product of actors bargaining with each other. The network is constructed by a process which is based not on a pre-determined construction plan, but one which 'writes' itself through application by continually recombining the individuals 'nodes' and their relationships. At the same time, the 'nodes' are part (as stabilisers) in the construction of the overall network, transforming it into a product of emergent new properties not attainable to the individual contributions, but only through them taking shape as a unit* », *idem*, p. 48.

membres ne peut pas être décrite dans les mêmes termes que celles des États nations et les ordres traditionnels »³²⁵. Ensuite parce que l'Union est en avance sur les nouvelles formes d'exercice du pouvoir, notamment au niveau des collaborations entre public et privé dans un réseau³²⁶. Ainsi E. Ladeur propose de « conceptualiser l'ordre supranational, notamment parce qu'il n'agit pas à l'aide d'un système de propositions juridiques attribuables à l'État conçu comme un sujet (...) mais décrit plutôt une matrice de relations entre différents sujets, comme un réseau »³²⁷. Il résume ainsi l'apport de cette approche « Le concept de réseau permet à la relation entre les États membres et l'Union de se concentrer sur les processus d'observation, d'irritation et d'évaluation mutuelle, rendant ainsi les États beaucoup plus perméables s'étendant bien au-delà des obligations de mettre en œuvre le droit de l'Union »³²⁸. Ainsi, l'approche d'E. Ladeur fait exploser l'État et le révèle dans la multitude d'entités fonctionnelles qui le constituent. Celles-ci peuvent alors directement se mettre en réseau au sein même de l'Union. C'est notamment le cas des BCN et de la BCE avec l'Eurosystème. Les BCN, du fait de leur indépendance garantie par le traité³²⁹, peuvent être appréhendées en dehors des États membres comme composantes d'un réseau formé avec la BCE. Ce phénomène se retrouve, en pratique, dans le développement des agences.

d) Le phénomène des agences

Pour M. Blanquet : les agences témoignent d'un « renouveau du partenariat avec les États membres »³³⁰. Les agences s'inscrivent dans un mouvement d'encadrement de la mise en œuvre du droit de l'UE, expliquant en partie leur création³³¹. Ensuite, leur fonctionnement même traduit une évolution de la méthode communautaire. Fonctionnellement, alors, ce phénomène n'a rien de différent de celui à l'œuvre au sein de l'Eurosystème.

³²⁵ « the particular relationship between EU and states cannot be simply described according to the relationships between nation-states and traditional orders », *idem*, p. 49.

³²⁶ « the EU has to date been by far the most creative in its use of combined public-private cooperative decision-making networks », *idem*, p. 46.

³²⁷ « conceptualising a supranational order, particularly because it operates not with a system of legal propositions attributable to the state as a subject (...) but instead describes the matrix of relationship among subjects (...) as a network », *idem*, p. 46.

³²⁸ « The network concept allows the relationship between Member States and the EU to be refocused upon processes of mutual observation, and evaluation, thereby making the states permeable to transnational effects far beyond the limits of the obligations to implement European law », *idem*, p. 50.

³²⁹ Voir *infra* Chapitre 1 du Titre 1 de la seconde partie.

³³⁰ BLANQUET M., « Agences de l'Union et gouvernance européenne » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 43-78, p. 56. Pour une présentation globale et claire du phénomène, voir, VOS E., « Les agences et la réforme de l'administration européenne », *RFAP*, 2000, n° 95, pp. 393-410.

³³¹ Voir par exemple, l'Agence européenne du médicament fondée en 1995 (Règlement 726/2004/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, JO n° L 136 du 30.4.2004, pp. 1-33) ou l'Agence européenne pour l'environnement (Règlement 1210/90/CEE du Conseil, du 7 mai 1990, relatif à la création de l'agence européenne pour l'environnement et du réseau européen d'information et d'observation pour l'environnement, JO n° L 120 du 11.5.1990, pp. 1-6)

Avant tout, l'apparition des agences traduit une nouvelle conception de l'exécution du droit de l'Union qui ne se fonde alors plus exclusivement sur les États membres, par le biais du principe d'administration indirecte. Avec l'approfondissement de l'intégration, l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union devient plus pressante. D'autant que, la mauvaise mise en œuvre de ces normes participe à une stratégie de *selective Exit* des États membres. Emergent alors de nouveaux systèmes chargés de cette tâche. Aujourd'hui se mettent en place des structures où il devient de plus en plus délicat de savoir si elles se rattachent aux États ou à l'Union³³². Ainsi, « *la mobilisation de l'appareil étatique au service de l'Union apparaît plutôt comme une adaptation à l'application effective du droit de l'Union* »³³³. La principale caractéristique de cette adaptation est la création, au sein des administrations nationales, d'instances ou d'organismes spécifiques, voués à l'application du droit de l'Union. Ce phénomène est particulièrement visible dans l'étude du développement des agences créées par l'Union.

Le développement grandissant des agences s'explique par leur capacité à répondre aux besoins actuels des États membres comme de l'Union. Les agences permettent aux premiers de reprendre le contrôle sur certains secteurs par une transformation de la méthode communautaire. La multiplication des compétences de la Communauté et les limites atteintes par la méthode d'administration indirecte ont permis leur émergence³³⁴. La justification de la création des agences répond alors aux impératifs de complexité et d'efficacité, déjà évoqués³³⁵. Les agences peuvent alors intervenir là où les institutions de l'Union ne peuvent exercer pleinement les processus de régulation³³⁶.

Cette volonté de modernisation va plus loin et semble correspondre à une rationalisation des compétences, permettant de revenir à l'essence de la méthode communautaire. La création d'agences permet de décharger la Commission de certaines de ses tâches techniques, plus efficacement remplies par un organisme spécialisé. La Commission peut ainsi redevenir

³³² Voir dans le cas du marché intérieur : SAURON J.-L., « Le rôle des États membres dans l'administration de l'Union européenne », *RFAP*, 2000, n° 95, p. 453

³³³ NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne » in *Annuaire de Droit européenne*, 2004, Vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 51-77, ici p. 57.

³³⁴ « *The emergence of agencies is based on the quantitative expansion of EC jurisdiction, and might be seen at the same time as a qualitative change within the EC policy-making through both horizontal and vertical co-ordination and co-operation* », KREHER A., « Agencies in the European Community – a step towards administrative integration in Europe », *JEPP*, 1997, Vol. 4 n°2, pp. 225 -245, ici p. 241.

³³⁵ Voir MULLER-QUOY I., « L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 13-30 et plus précisément p. 17 et LAURENT S., « Les agences communautaires, facteur d'incohérence institutionnelle ? De la nécessité d'un renforcement du contrôle parlementaire des agences » in MICHEL V. (dir), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2009, pp. 107-130, plus précisément, p. 109.

³³⁶ Voir notamment MAJONE G., « The new European Agencies: regulation by information », *JEPP*, 1997, Vol. 4 n°2, pp. 262-275.

l'organise de formulation et de sauvegarde de l'intérêt général communautaire³³⁷. Cela témoigne d'un « *souhait de mettre l'intégration à l'abri des conflits politiques* »³³⁸. « *Il s'agirait aussi, par là, et c'est une autre idée, de renouer avec l'essence de l'approche fonctionnaliste, permettant d'avancer dans la voie de l'intégration en préservant certains secteurs de l'affrontement politique* »³³⁹.

De manière quasiment contradictoire, les agences permettent aussi aux États membres de réaffirmer leur *Voice* au sein de l'Union européenne. La structure interne des agences varie selon les domaines. Néanmoins, chacune d'entre elles possède un organe collégial (de direction ou d'administration), composé de représentants des États membres et le plus souvent de la Commission, parfois du Parlement. Les États membres auront ainsi un poids déterminant dans la direction de ces agences, même si ce ne sera pas le cas au quotidien³⁴⁰. « *on peut se demander si ce nouveau procédé, comme auparavant celui de la "comitologie", ne manifeste pas, une fois encore, la volonté des États membres de récupérer au moins partiellement un pouvoir de décision perdu dans des domaines confiés à la compétence de l'Union* »³⁴¹. La réponse à la question est évidemment oui ; les États étant perpétuellement en quête de l'équilibre perdu au moment de l'introduction de la majorité qualifiée. Pour autant, cela ne signe pas le retour à l'intergouvernementalisme. Les structures de direction des agences reprennent, à des degrés variables, les grands traits de la méthode communautaire, en donnant une voix délibérative déterminante aux États membres, qui composent majoritairement les organes d'administration, et un poids quotidien renforcé au représentant de la Commission, qui nomme le plus souvent l'organe de direction³⁴².

Les agences constituent un retour à l'approche fonctionnaliste de l'intégration, car leur création répond à certaines insuffisances du marché intérieur qu'elles doivent palier, notamment dans le domaine de la mise en œuvre du droit de l'Union. Pour cela, elles vont développer des liens, juridiques et/ou fonctionnels, avec les administrations nationales³⁴³.

³³⁷ Voir BLANQUET M., « Agences de l'Union et gouvernance européenne » précité, p. 45. L'auteur évoque « *La volonté de recentrer la Commission sur ses missions propres, spécialement la conception, l'initiative politique et le contrôle du respect du droit communautaire.* », p. 50.

³³⁸ *Idem*, p. 49.

³³⁹ *Ibidem*.

³⁴⁰ Sur ce point voir BLIN O., « Les structures des Agences de l'Union européenne » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 79-95

³⁴¹ COUZINET J-F., « Agences et compétences de l'Union » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 31-41, ici p. 33. Il continue en précisant « *Il est vrai que cette fois-ci la tentative est plus discrète car les missions officiellement assignées à ces "agences" et les objectifs clairement affichés en faveur de leur création sont tout à fait louables et relèvent de la compétence commune* ».

³⁴² Voir en ce sens COUZINET J-F., « Agences et compétences de l'Union », précité, pp. 39-41.

³⁴³ « *Par leur organisation souple, les agences constituent un espace privilégié de dialogue et de coopération entre les différents acteurs chargés de la mise en œuvre du droit communautaire, assurant notamment leur coordination* », CHEVALLIER E., « *La cohérence, un alibi à la création des agences* » in MICHEL V. (dir), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2009, pp. 131-145, ici p. 134.

Ainsi l'agence va favoriser et structurer le dialogue entre elles. Cette seule action accroît l'unité dans l'application du droit de l'Union³⁴⁴. M. Blanquet a parfaitement résumé la logique à l'œuvre ici : « *les Agences correspondent à une double consolidation de la logique de "coopération loyale", par "incorporation" dans une agence, et par "gravitation" autour d'elle* ».

Ce mouvement de développement des agences a été théorisé par le Professeur E. Chiti avec la notion d'« intégration décentralisée »³⁴⁵. Son analyse est juste et sa démarche ne manque pas d'intérêt. Néanmoins, en cherchant à limiter son modèle au rôle joué par les agences, il ne peut saisir le mouvement global à l'œuvre dans la Communauté, dont l'intégration décentralisée n'est qu'une expression. Il s'agit d'une déclinaison, propre à certaines agences, d'un mouvement plus large d'intégration verticale, de réinvention de la méthode communautaire dans le droit fil des cinquante premières années d'existence des Communautés.

La notion se compose de quatre éléments principaux. En premier lieu, une compétence est partagée entre l'administration de l'Union et des États membres, sous la forme d'une allocation d'une part de cette compétence à différents organes. Ensuite, « *d'un point de vue juridique, les organes compétents vont former une administration sectorielle plus large, identifiable d'une part par ses activités propres à atteindre les buts fixés par le droit communautaire, et d'autre part, par l'exercice de tous les pouvoirs publics relatifs à cette fonction* ». Cette structure sera complétée par une agence. Enfin, l'établissement de cette structure doit servir à un but, social ou économique, précis. Ce modèle se caractérise par une jonction des droits procéduraux mettant en place cette structure et des normes substantielles régulant le secteur en cause³⁴⁶.

L'analyse faite par E. Chiti est séduisante. Mais sa portée est limitée par sa volonté de ne traiter que des agences. Comme il le dit lui-même, il n'y a pas d'unité dans le paysage des agences³⁴⁷ et des réseaux qui les entourent. Au contraire chaque régime est propre au secteur

³⁴⁴ DEHOUSSE R., « Regulation by networks in the European Community: the role of European agencies », JEPP, 1997, Vol.4 n°2, pp. 246-261, ici p. 255.

³⁴⁵ CHITI E., « Decentralisation and Integration into the Community Administration: a New Perspective on European Agencies », ELJ, 2004, Vol. 10 n°4, pp. 402-438, ici p. 423.

³⁴⁶ Voici comment E. Chiti le systématise : « *several distinct bodies are granted competences relating to the same Community function, which are therefore distributed amongst two or more orders of bodies, none of which may act independently. (...) these competent bodies form part of a broader sector-based administration, which can be identified on the one hand by all the activities aimed at achieving the goals set by Community legislation, and on the other, with all the public powers responsible for the performance of the function. (...) Moreover, an auxiliary Community body must also be established, granted specific powers under European law, and organised according to the organisational formula of representativeness. The purpose of creating the body is at once to achieve a decentralised order in the area of its competence and to guarantee collaboration between national and Community administrations. (...) this legal structure (...) constitutes a way of carrying out specific regulatory functions, with a view to attaining economic and social objectives, on the basis of which public tasks are conferred, either conditional regulatory tasks or teleologically determined regulatory tasks.* », *idem*, p. 430.

³⁴⁷ « *it is not possible to extrapolate a general model of the administrative procedures managed by the European agencies. In spite of the relative similarity of the organizational system in which these bodies operate, the phenomenon of European agencies is much more differentiated when analysed from a procedural point of view* » CHITI E., « The emergence of a community administration: the case of European Agencies », CMLR, 2000, pp. 309-343, ici p. 341.

en cause. Il est dommage de vouloir alors en exclure d'autres phénomènes qui relèvent de la même logique. Il écarte ainsi ce qu'il appelle les « *independant European authorities* » parmi lesquelles il inclut, entre autres, la BCE et l'Autorité Européenne de Sécurité des Aliments. Il estime que « *les agences européennes et les autorités indépendantes européennes (...) se différencient par l'élément d'indépendance, propre uniquement aux secondes, mais remplissent la même fonction* »³⁴⁸. Seul l'élément d'indépendance formerait la frontière entre l'intégration déconcentrée et le phénomène représenté par l'Eurosystème, par exemple. Ces différences sont ténues, d'autant que les agences, si elles ne sont pas indépendantes, jouissent d'une certaine autonomie que ce soit sur le plan financier ou sur le plan décisionnel³⁴⁹. Pour lui, les agences auraient cette autonomie pour « *permettre l'exercice de cette activité qui, pour des raisons politiques ou techniques, ne peut être exercée par l'administration centrale* » ce qui n'aurait rien à voir avec (pour les autorités indépendantes) « *le besoin de garantir à ces organes un certain degré d'indépendance par rapport aux pouvoirs politiques, bureaucratiques ou économiques* »³⁵⁰. Il n'y a pas entre les deux une différence de nature, mais simplement une différence de degré, qui ne permet pas de séparer ainsi les deux phénomènes³⁵¹.

Les démarches que nous venons de décrire ont l'intérêt de ne pas faire table rase des concepts sur lesquels l'Union s'est fondée mais de chercher à mieux les comprendre, en modifiant le cadre conceptuel dans lequel ils se fondent. Elles ont aussi en commun une conclusion importante : celle que l'Union européenne permet d'atteindre des résultats que les États seuls ne pourraient pas atteindre, au moyen d'une méthode fondée principalement sur la

³⁴⁸ CHITI E., « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration » in » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 267-281, ici p.275.

³⁴⁹ Cette autonomie varie selon les agences. A propos de l'autonomie financière, voir DUSSART V., « L'autonomie financière des Agences européennes » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 97-111. Sur le plan de l'autonomie décisionnelle, le panorama est encore plus disparate, voir BLIN O., « Les structures des Agences de l'Union européenne », précité

³⁵⁰ « *Rather, the attribution of legal status to an office is intended to ensure the performance of an activity which, for political or technical reasons, cannot be directly carried out by the central administration, even though decentralisation could be accomplished in different ways according to the various hypotheses (for example, by means of a partial decentralisation or a full devolution of decision-making powers to peripheral or non-central Community offices)* », CHITI E., « Decentralised Integration as a New Model of Joint Exercise of Community Functions? A Legal Analysis of European Agencies », *ARENA Working Papers*, 2002, WP 02/31.

³⁵¹ Même si elle exclut la BCE et la BEI de son analyse des agences, E. Vos s'interroge : « *whether this organs should not be considered as agencies too* », VOS E., « Independence, Accountability and Transparency of European Regulatory Agencies » in GERADIN D., MUNOZ R & PETIT N. (dir), *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm of European Governance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2005, pp. 120-137, ici note 26 page 134.

C'est le cas de D. Geradin et N. Petit ; « *However, for the purpose of the present article, we do not include the European Central Bank (ECB) within the meaning of EAs. Indeed, the ECB has been granted official recognition within the Treaty (Article 8) and therefore presents features that are different to those of the other EAs. Nonetheless, we acknowledge that, to a certain extent, most of the remarks that will be made below might apply to the ECB.* » (GERADIN D. & PETIT N., « The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform », *JMWP*, 2004, 01/04, 61 p., p. 40 note 172.

coopération entre eux. Il nous semble que l'essence de la méthode communautaire est là. Il ne faut pas chercher à la réduire à un certain schéma trop étroit (l'initiative législative et la procédure de codécision) ou la noyer dans un cadre trop large, comme le fait la gouvernance. La méthode communautaire, au contraire, est reproductible et multiple. Comme le dit le Professeur Jacqué : « *il existe des méthodes et non une seule* »³⁵². Cette technique d'atteinte du compromis par la mise en réseau d'autorités nationales peut être transposée. E. Ladeur a fait exploser l'État et nous a montré qu'il ne fallait plus le considérer comme unique, chacune de ses entités fonctionnelles pouvant être détachées de l'autre. Une multitude de réseaux peuvent donc se créer, sous deux conditions. La première est imposée par la régulation qui conduit à l'existence d'entités fonctionnelles nationales autonomes, qui ont contribué à cette explosion de l'État en de multiples entités indépendantes du pouvoir politique. La seconde condition est qu'une entité de ce type existe dans l'Union, une entité supranationale par nature, car les caractéristiques des autorités de régulation correspondent quasiment à celles des régulateurs. Ainsi, la mise en réseau des entités nationales et de l'entité communautaire permet une reproduction sectorielle de la méthode communautaire. Nous appelons cette nouvelle technique : la méthode d'intégration verticale. Ce mode d'intégration s'inclut dans le droit fil de la pensée de J. Weiler. Avec la participation constante des autorités nationales au processus communautaire, les États peuvent retrouver une part de la « Voice » qu'ils ont perdue dans les secteurs gouvernés par la méthode traditionnelle classique. L'intégration verticale leur garantit une présence constante à quasiment tous les stades de décision. Elle a une qualité supplémentaire sur la méthode traditionnelle classique, dont le défaut principal est le manque de contrôle de la Commission sur la mise en œuvre des règles adoptées. Or, les autorités qui négocient la norme dans le processus d'intégration verticale sont aussi celles qui vont l'appliquer, la dichotomie entre l'élaboration et l'application n'étant plus de mise dans les sociétés modernes. Cela garantit une meilleure mise en œuvre du droit de l'Union.

§.2 - L'intégration verticale et l'Eurosystème : méthode d'analyse

L'approche institutionnelle du paragraphe précédent démontre que l'Eurosystème n'est pas un cas isolé. Au contraire, l'analyse des agences montre qu'il s'inscrit dans une dynamique. Plus profondément, les études en termes de régulation, réseau et gouvernance indiquent que les traits principaux de l'Eurosystème – indépendance, expertise, confusion du pouvoir normatif et exécutif, prégnance de la *soft law* etc. – sont inhérents à la l'évolution actuelle de l'exercice

³⁵² Comme le dit J.-p. Jacqué, il ne faut pas avoir une vision limitée de la méthode communautaire : « *Il est difficile de définir ce qu'est exactement la méthode communautaire. Pour certains, il s'agit d'une référence à un âge d'or auquel la prétendue "intergouvernementalisation" de l'Union aurait mis fin. Ce sont ceux pour lesquels méthode communautaire est équivalent à méthode fédérale. Mais si l'on se réfère aux traités, il existe des méthodes et non une seule. La coordination a toujours existé au sein de la Communauté à côté de l'intégration et elle existe toujours même dans la Constitution ou le Traité de Lisbonne. Les deux formes ne sont pas antagonistes mais complémentaires. Aussi n'y a-t-il guère d'incohérence en la matière, mais plutôt diverses voies pour atteindre les objectifs du traité* » JACQUE J.-P., « Conclusion générales » in MICHEL V., *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2010, pp. 429-436, ici p. 433.

du pouvoir au sein de l'Union. Ainsi, l'Eurosystème est un exemple d'un mouvement plus large, né de l'évolution du processus d'institutionnalisation au fil de l'intégration. De ce phénomène émerge un dérivé de la méthode communautaire : la « méthode d'intégration verticale ». L'Eurosystème est à la fois une reproduction de l'Union et un exemple pour son développement futur³⁵³. Son analyse doit alors s'appuyer sur l'acquis théorique du droit institutionnel qui sera enrichi ensuite de l'étude de l'Eurosystème. D'un point de vue épistémologique, les institutions intégrées par le biais de cette technique forment des systèmes (A). Il est alors possible d'en dresser les traits généraux sous la forme d'une méthode (B). L'étude de l'Eurosystème par le biais de la « méthode d'intégration verticale » permet, par un processus dialectique, de mieux le comprendre mais aussi d'approfondir cette méthode et enfin, d'en dégager les limites (C).

A. *La notion d'analyse systémique*

L'intégration verticale aboutit à la création de systèmes organisés. La notion de système permet d'inclure certaines caractéristiques vues au paragraphe précédent. Le traité lui-même donne un indice sur la voie à suivre pour analyser les structures monétaires qu'il met en place. Il les nomme *Système* européen de Banques centrales et *Eurosystème*. Cependant, ce n'est pas le seul emploi du mot système dans le traité. Il semble employer la notion de manière générique comme un « *Ensemble coordonné de pratiques tendant à obtenir un résultat* » ou un « *Ensemble structuré (de choses abstraites)* »³⁵⁴. Cependant, l'Eurosystème³⁵⁵ est la seule occurrence où le traité évoque un ensemble d'organes dont les relations sont organisées par le traité. C'est justement l'étude de ce type d'organisation que nous mènerons. Or, pour cela, l'analyse systémique dispose d'un fort potentiel heuristique³⁵⁶.

L'analyse systémique se fonde sur une rupture avec la méthode analytique, fondée sur les quatre principes dégagés par Descartes dans le Discours de la méthode³⁵⁷ et qui a longtemps

³⁵³ W. Duisenberg, premier président de l'institution, résume très bien ce mouvement dialectique : « *Setting up the ECB is a fascinating process. It is like the European integration process itself, but on a micro scale and under very great pressure of time. In some respects, the process of establishing and consolidating the ECB and the Eurosystem could serve as an example for the European integration process in a wider sense* », DUISENBERG W.F., « The past and future of European integration: a central banker's perspective », 26 septembre 1999.

³⁵⁴ *Dictionnaire Le Robert*. Ainsi, sans aucune exhaustivité, les articles 16 §9 et 17§5 alinéa 2 emploient l'expression : « *système de rotation* » pour la présidence du Conseil et la composition de la Commission. L'article 77 du TFUE évoque un « *un système intégré de gestion des frontières extérieures* ». L'article 88 §2 du TFUE évoque les « *systèmes juridiques des États membres* » et l'article 67 les « *systèmes et traditions juridiques des États membres* ». L'article 165 fait référence au « *système éducatif* », etc. Il ne semble pas y avoir de réelle cohérence dans l'emploi du mot système. On en déduit alors qu'il est employé dans son sens générique.

³⁵⁵ Les arguments invoqués ici peuvent s'appliquer *mutatis mutandis* au SEBC mais celui-ci ne sera pas évoqué pour ne pas alourdir les développements.

³⁵⁶ L'approche choisie ici en terme systémique n'emprunte pas à celle menée quant au « système juridique » ou au droit comme système (voir LUHMANN N., *Politique et complexité – Les contributions de la théorie générale des systèmes*, précité ou van de KERCHOVE M. & OST F., *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, 254 p.). Ces approches cherchent à comprendre les liens entretenus par le système juridique avec d'autres systèmes, économique notamment. Notre approche reprend l'analyse systémique pour étudier des relations entre plusieurs entités.

³⁵⁷ « *ne jamais recevoir quelque chose pour vrai que je ne la connusse* », « *diviser chacune des difficultés que j'examinerai en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour mieux les résoudre* », « *conduire par ordre mes pensées en commençant par les objets les plus simples (...) jusqu'à la connaissance des plus composés* » et « *faire partout des dénombrements si entiers et des revues si générales que je fusse assuré de rien* ».

dominé. Mais, cette méthode est disruptive dans son fondement même et « *le chercheur se voit offrir la possession exclusive d'un fragment du puzzle* »³⁵⁸. La méthode analytique échoue à appréhender les phénomènes dans leur complexité³⁵⁹. Elle se fonde sur le démembrement des problèmes afin de les analyser séparément échouant ainsi à les appréhender dans leur totalité. Ainsi, l'analyse de l'Eurosystème pourrait se faire en analysant les statuts des BCN et de la BCE séparément, en soulevant les problèmes spécifiques fondés par chacun. Mais en agissant ainsi, on échoue à analyser la nature de l'Eurosystème, dont la spécificité est contenue dans les relations entretenues entre la BCE et les BCN.

L'approche systémique ne part pas d'une volonté de simplification. Au contraire, sa base même est la complexité. Elle est issue d'un renouvellement de l'approche scientifique dicté par les progrès de certaines disciplines, et notamment la physique et la biologie. Cette démarche a ensuite été reprise par les sciences sociales³⁶⁰. Elle fait aujourd'hui l'objet d'une littérature propre qui combine les exemples issus de toutes ces disciplines. Nous nous baserons majoritairement sur les travaux d'E. Morin réalisés dans *La méthode*. Plusieurs raisons justifient ce choix. L'ambition de l'auteur de donner des clés pour une connaissance de la connaissance permet d'adapter ses propos à notre matière. Ensuite, contrairement à beaucoup³⁶¹, il ne cherche pas à modéliser les systèmes mais en dégage les lois de fonctionnement. Or, notre projet ne vise pas à modéliser l'intégration verticale ou l'Eurosystème, mais justement à en comprendre les ressorts et à les résumer en une méthode. La construction de cette dernière peut s'appuyer sur certaines techniques de la modélisation. Enfin, E. Morin s'est penché sur l'objet européen et lui a appliqué certaines découvertes issues de ses travaux épistémologiques³⁶².

La complexité est le fondement de ses réflexions car elle s'est imposée par l'évolution des sciences de la nature et doit, à présent, se répandre dans les sciences humaines³⁶³. Or, au sein de cette « *complexité originelle* »³⁶⁴, il y a le désordre. Celui-ci évolue, naturellement le plus souvent, vers l'ordre par le biais d'une organisation fondée sur des interactions³⁶⁵. Ainsi, « *toute théorie doit désormais porter la marque du désordre* »³⁶⁶ et chercher comment celui-ci

2

omettre » (DESCARTE R., *Discours de la méthode* cité par le MOIGNE J.-L., *La modélisation des systèmes complexes*, Dunod, Paris, 1999, 178 p., ici p. 17).

³⁵⁸ MORIN E., *La méthode*, précité, p. 32.

³⁵⁹ Voir le MOIGNE J.-L., *La modélisation des systèmes complexes*, précité, p. 19-22 et MORIN E., *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, Paris 2005, 158 p., il impute à Descartes un « *paradigme de simplification* » composé « *des principes de disjonction, de réduction et d'abstraction* » (p. 18).

³⁶⁰ Voir LUGAN J.-C., *La systémique sociale*, 5^{ème} Ed., Que sais-je ?, PUF, Paris, 2009, 127 p., pp. 5-11.

³⁶¹ Voir le MOIGNE J.-L., *La modélisation des systèmes complexes*, précité et DURAND D., *La systémique*, 11^{ème} Ed., Que sais-je ?, PUF, Paris, 2010, 127 p..

³⁶² MORIN E., *Penser l'Europe*, Gallimard, Paris, 1990, 266p..

³⁶³ « *il est évident que les phénomènes anthropo-sociaux ne sauraient obéir à des principes d'intelligibilité moins complexes que ceux désormais requis pour les phénomènes naturels. Il nous faut affronter la complexité anthropo-sociale, et non plus la dissoudre ou l'occulter* », MORIN E., *Introduction à la pensée complexe*, précité, p. 22.

³⁶⁴ MORIN E., *La méthode*, précité, p. 75.

³⁶⁵ « *Pour qu'il y ait organisation, il faut qu'il y ait interactions : pour qu'il y ait interactions, il faut qu'il y ait rencontres, pour qu'il y ait rencontres il faut qu'il y ait désordre* », *idem*, p. 83.

³⁶⁶ *Idem*, p. 115.

est transformé en ordre par le biais d'une organisation. E. Morin distingue système et organisation. Le système contient l'organisation, il est « *le caractère phénoménal et global que prennent des interrelations dont l'agencement constitue l'organisation du système* »³⁶⁷. Ainsi, « *le système renvoie à l'unité complexe du tout interrelationné, à ses caractères et à ses propriétés phénoménales. L'idée d'organisation renvoie à l'agencement des parties dans, en, et par un Tout* »³⁶⁸.

A côté des deux concepts de système et d'organisation s'impose celui d'interrelation³⁶⁹. La spécificité du système tient dans ses qualités propres. Tout d'abord, il est une unité complexe car le système « *est plus que la somme des parties* »³⁷⁰. Ainsi, « *considéré sous l'angle du Tout, il est homogène ; considéré sous l'angle de ses constituants il est divers et hétérogène* »³⁷¹. Il permet alors des « *émergences* » à savoir « *les qualités ou propriétés d'un système qui présentent un caractère de nouveauté par rapport aux qualités ou aux propriétés des composants considérés isolément ou agencés différemment dans un autre type de système* »³⁷². C'est l'organisation qui unit le tout et les parties³⁷³. Les parties sont « *organisées de façon complémentaire dans la constitution d'un tout* » par divers types de relations : les « *interactions* », les « *liaisons instituant une partie commune* », les « *associations et combinaisons d'activités complémentaires* », les « *communications informationnelles* », le « *développement de la spécialisation* » et « *le développement des compétences et de l'autonomie des individualités composant le système* »³⁷⁴. Ainsi les parties agissent sur le tout mais inversement « *le tout rétroagit en tant que tout (totalité spécialisée) sur les parties* »³⁷⁵. Enfin, le système est fondé sur le désordre mais en retour « *l'ordre et l'organisation produisent du désordre* »³⁷⁶. Il faut alors constamment que le système et l'organisation s'adaptent pour survivre. Le système a une finalité à savoir « *atteindre un but déterminé en dépit des perturbations et aléas qui surgissent en cours d'action* »³⁷⁷. Le système, lorsqu'il est ouvert³⁷⁸, doit ainsi s'adapter aux chocs externes afin de continuer à poursuivre sa finalité. Ainsi, l'organisation – et avec elle le système – est en « *réorganisation permanente* »³⁷⁹.

³⁶⁷ *Idem*, p. 152.

³⁶⁸ *Ibidem*.

³⁶⁹ « *toute interrelation dotée de quelque stabilité ou régularité prend caractère organisationnel et produit un système* », *ibidem*.

³⁷⁰ *Idem*, p. 154.

³⁷¹ *Idem*, p. 153.

³⁷² *Idem*, p. 155.

³⁷³ « *L'organisation d'un système est l'organisation de la différence. Elle rétablit des relations complémentaires entre les parties différentes et diverses, ainsi qu'entre les parties et le tout* », *idem*, p. 169-170.

³⁷⁴ *Idem*, p. 170.

³⁷⁵ *Idem*, p. 181.

³⁷⁶ *Idem*, p. 111.

³⁷⁷ *Idem*, p. 357.

³⁷⁸ C'est à dire qu'il assure « *les échanges, les transformations qui nourrissent et opèrent leur propre survie* », *idem*, p. 193

³⁷⁹ *Idem*, p. 272.

La richesse de l'analyse en termes systémiques éclaire l'idée d'Europe. Celle-ci, pour E. Morin, « n'a d'unité que dans et par sa multiplicité »³⁸⁰. En effet, elle s'est construite à partir de désordre endigué par l'organisation³⁸¹. De manière historique et géographique, il montre que l'Europe n'a pas de fondement et qu'elle s'est « euro-organisée »³⁸². Ainsi, « *La difficulté de penser l'Europe, c'est d'abord cette difficulté de penser l'un dans le multiple, le multiple dans l'un* »³⁸³. Or, c'est précisément ce que permet l'approche systémique, qui aide alors à retrouver certains propres des institutions de l'Union qui viennent d'être dégagés. Ainsi, comme la systémique, l'Union se fonde sur une rupture, ici avec les modes classiques de construction et d'analyse de l'Etat. Ensuite, les propriétés imputables au réseau sont quasiment identiques à celle de système et il serait d'ailleurs plus juste d'utiliser ce mot. Le phénomène des agences, qui regroupent des institutions nationales et communautaires, renferme l'idée d'unité dans la multiplicité. De même, l'Eurosystème est une unité multiple née du désordre monétaire international. Il permet l'agrégation de plusieurs anciennes monnaies dans une monnaie nouvelle. Avec son instauration, tous les pays sont représentés au sein du conseil des gouverneurs là où le SME contraignait la majorité d'entre-deux à suivre, voire à subir, la politique monétaire de la Bundesbank. Il y a là une émergence du système. Il est alors naturel de qualifier l'Eurosystème de système³⁸⁴. D'un point de vue théorique, l'intégration verticale passe alors par la création de systèmes constitués d'interrelations entre des administrations nationales et européennes intégrées dans un système commun dont les propriétés dépasseront celles des parties désorganisées.

B. L'intégration verticale comme méthode

L'analyse systémique permet la construction de modèles. Ces représentations abstraites du système permettent alors une meilleure compréhension des phénomènes étudiés. Dans notre cas, nous construisons une méthode (1), celle de l'intégration verticale (2).

1) La construction d'une méthode

Notre démarche est double. Tout d'abord, nous cherchons à mieux comprendre la nature de l'Eurosystème, qui est rarement appréhendé par lui-même alors que ses différentes composantes ne représentent que peu de choses prises individuellement. Pour cela, nous avons exploré la nature même des institutions de l'Union afin de replacer l'Eurosystème en leur sein. Cette exploration nous a conduit à constater que l'Eurosystème n'est pas une exception, au contraire. Une tendance à la généralisation de la mise en rapport des différentes

³⁸⁰ MORIN E., *Penser l'Europe*, précité, p. 23.

³⁸¹ « *L'Europe moderne s'est auto-constituée dans un chaos génésique où se sont nouées ensemble des puissances d'ordre, de désordre et d'organisation* », *ibidem*.

³⁸² *Idem*, p. 69.

³⁸³ *Idem*, p. 24.

³⁸⁴ En ce sens, voir « The Eurosystem » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 161-187, plus précisément pp. 163-164. L'auteur évoque le développement de l'analyse systémique en cybernétique comme en science politique. Il estime alors : « *The system cannot be limited to the sum of its components. It has its own existence and its own functioning which have enabled it to assume its role and set up its organisation* », p. 164.

administrations nationales se dégage. Or, l'observation de ces différents processus conduit à l'identification de constantes auxquelles tous répondent. Nous cherchons donc à résumer ces constantes au sein d'une méthode, celle de l'intégration verticale, qui s'inscrit dans la continuité des techniques d'intégration depuis 1951, fondées sur le primat des institutions, tout en cherchant à en gommer certaines insuffisances, notamment au niveau de la mise en œuvre du droit issu de ces institutions.

La science juridique utilise peu les modèles et semble lui préférer les théories. D'autres sciences humaines utilisent abondamment le modèle, notamment la science économique³⁸⁵. La seconde catégorie est représentée par l'œuvre de H. Kelsen dans la *Théorie pure du Droit*³⁸⁶, dont le but est l'édification d'une théorie du droit détachée de la réalité et de montrer le fonctionnement du système juridique considéré de manière abstraite. Au contraire, la notion de modèle ne se conçoit pas sans lien avec la réalité. Le lien qu'entretiennent modèle et réalité est double. Le modèle est une représentation déformée de la réalité, construit à partir d'elle, mais qui permettra ensuite de mieux la comprendre. Ainsi « *la modélisation ne simplifie pas les problèmes : elle crée de nouveaux problèmes, qui sont relativement simples, et qui servent de référence pour appréhender les problèmes complexes* »³⁸⁷. Par là la modélisation s'apparente à « *une construction élaborée dans le but de faire ressortir les traits saillants d'une situation donnée* »³⁸⁸.

La construction d'un modèle peut suivre deux logiques, en économie notamment. Le modèle peut être construit à partir de considérations théoriques et il devra alors être confirmé par une approche empirique³⁸⁹. Inversement, le modèle peut être construit empiriquement et poser des lois générales qui seront ensuite validées au regard de postulats théoriques³⁹⁰. « *En pratique, les deux démarches sont entreprises de façons conjointes, un même modèle étant utilisé*

³⁸⁵ Voir NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, 246 p.. Voir plus précisément la troisième partie sur les « Sciences de l'homme » et la quatrième sur la « Philosophie ».

³⁸⁶ KELSEN J., *Théorie pure du Droit*, LGDJ, Paris, 1999, 367 p.

³⁸⁷ PICAUVET E., « Modèles formels et rationalité politique » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, pp. 161-185, ici p. 185.

³⁸⁸ NOUVEL P., « Modèles et métaphores » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, pp. 189-202, ici p. 193. Pour l'auteur, qui reprend ici l'analyse de Ricœur (voir note 1, p. 190) il existe trois types de modèle « *Un premier type qui est qualifié de "modèle à l'échelle" (lorsque le modèle miniaturise ou agrandit un objet) (...). Un second type de modèle est qualifié de "modèle analogique" (lorsqu'un phénomène est vu sous les traits d'un autre phénomène) (...). Enfin, un troisième type de modèle est nommé "modèle théorique" (lorsqu'un langage nouveau, à travers lequel l'objet peut être appréhendé d'une manière inédite est introduit)* » (p. 190). La construction d'un modèle peut néanmoins relever des trois à la fois.

³⁸⁹ « *Pour confronter théorie et empirie, la démarche projective consiste à valider un modèle théorique en dérivant de ses hypothèses des conséquences testables et en les confrontant à des faits stylisés* », WALLISER B., « Les modèles économiques » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, pp. 147-159, ici p. 154.

On retrouve ici l'idée d'analyse substantielle développée en droit économique dans son scepticisme face aux catégories juridiques déjà formées et la volonté de leur faire passer l'épreuve des faits (voir FARJAT G., *Pour un droit économique*, PUF, Paris 2004, 209p., plus précisément pp. 107-109 et RACINE J.-B. & SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, n° 3, pp. 259-291)

³⁹⁰ « *La démarche inductive consiste à valider un modèle empirique en dégagant des observations brutes de lois locales et en comparant ces dernières aux principes généraux* », WALLISER B., « Les modèles économiques », précité, p. 154.

comme intercesseur entre théorie et empirie, à un niveau intermédiaire qui peut lui-même éventuellement varier »³⁹¹. Notre démarche s'inscrit dans cette dualité. Nous construisons notre méthode à partir de considérations théoriques et empiriques mélangées. Plus précisément, à partir de considérations théoriques, nous venons de dégager ses grands traits. À partir de considérations empiriques nous allons chercher à les confirmer et à dégager les règles de fonctionnement de l'intégration verticale. Enfin, le modèle étant par essence réducteur et simplificateur³⁹², sa fonction étant de mettre en avant des caractéristiques générales, aux dépens de certains traits contingents, il a un effet déformateur. Sa construction répond à une « stratégie de la négligence »³⁹³, qui consiste à laisser de côté certains aspects accessoires pour ne retenir que les traits caractéristiques³⁹⁴.

La modélisation est le prolongement naturel de l'analyse systémique. Elle permet de traduire de manière graphique les liens unissant les différentes parties du système par le biais de l'organisation. Cependant, la modélisation est un processus exigeant des conditions épistémologiques extrêmement rigoureuses³⁹⁵. Mener la démarche jusqu'à son terme nous conduirait, à déformer la notion même de modèle et à des simplifications qu'une analyse juridique minutieuse ne permet pas. Ainsi, l'intégration verticale sera abordée comme une « méthode » au sens communautaire du terme, à savoir une technique d'intégration au même titre que la méthode communautaire, la méthode ouverte de coordination ou plus récemment la méthode de coordination utilisée par L. Grard et O. Clerc³⁹⁶. La méthode d'intégration verticale s'inscrit dans ce prolongement.

2) L'intégration verticale

Les facteurs qui ont conduit à l'apparition de cette méthode doivent être rappelés. Le premier, qui est capital, est l'importance donnée au droit et aux institutions dans l'Union européenne. Lorsqu'un secteur est envahi par le droit européen, il a tendance à s'institutionnaliser ou inversement : les institutions ont une tendance à toucher de plus en plus de secteurs.

Les voies par lesquelles cette institutionnalisation s'opère sont variables. Elles sont majoritairement ouvertes par la méthode communautaire, comme le montre l'idée de « path dependence ». Il n'est pas étonnant, alors, que l'on assiste à une mutation de la méthode communautaire et non à son abandon. Outre sa tendance naturelle à se reproduire, elle subit

³⁹¹ *Idem*, p. 154-155.

³⁹² « Si l'on dit que le modèle simplifie, c'est justement pour signifier qu'il fait abstraction du "contenu" en faisant ressortir une construction possible du domaine étudié », UTAKER A., « Analogie, métaphores et concepts » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, pp. 201-221, ici p. 219.

³⁹³ NOUVEL P., « Modèles et métaphores », précité, p. 193.

³⁹⁴ « négliger une grande quantité d'aspects d'une situation donnée pour diriger l'attention sur un seul ou sur un petit nombre d'entre eux. (...) Il ne s'agit pas de faire apparaître des aspects (comme c'est le cas avec la métaphore), mais au contraire de les faire disparaître pour n'en retenir qu'un petit nombre. », *ibidem*.

³⁹⁵ Voir MOIGNE J.-L., *La modélisation des systèmes complexes*, précité et DURAND D., *La systémique*, 11^{ème} Ed., précité, pp. 50-69.

³⁹⁶ GRARD L., « La gouvernance de la zone euro. La troisième voie pour faire l'Europe après les méthodes intergouvernementale et communautaire : la coordination », *RAE*, 2001-2002, pp. 166-181 et CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro – Recherches sur l'intégration par la différenciation dans la construction européenne*, précité.

les influences des grandes modifications du contexte dans lequel elle opère. La plus importante d'entre elles est l'accroissement des compétences de la Communauté puis de l'Union, dont toute une série de changements fondamentaux découle. Le premier est l'accroissement de la technicité des matières abordées, qui va exiger des institutions qui en sont responsables une grande maîtrise, et nous retrouvons là l'idée de régulation. La croissance des compétences communautaires est aussi responsable, avec la majorité qualifiée, de la rupture d'équilibre entre *Voice* et *Exit* et la quête de contrôle des États membres. Enfin, la position dominante prise par le marché a conduit à imposer des changements, aux États comme à l'Union, dans leur manière de gouverner. Ils doivent faire face à une relative perte de contrôle, qui leur impose de remplacer certains principes traditionnels par une collaboration accrue entre eux et avec les acteurs privés, que la notion de réseau – plus que celle de gouvernance – résume bien. De là est issue une version modernisée de la méthode communautaire, reprenant les canons de celle-ci : la collaboration constante entre entités nationales et supranationales dans la création de la norme. On assiste à une collaboration plus ouverte où les États tiennent une place fondamentale, mais qu'ils doivent partager avec des acteurs privés et où les institutions supranationales ont un rôle de coordination.

Enfin, la manière d'exécuter le droit communautaire a évolué. Le temps de l'administration indirecte semble, dans certains secteurs, révolu. Elle n'a jamais permis une application adéquate et uniforme du droit de l'Union, en particulier dans le domaine du marché intérieur. Au contraire, pour palier ces défaillances, de nouveaux organes communautaires apparaissent, notamment les agences. Mais il ne faut pas réduire ce phénomène aux agences. L'évolution du droit de la concurrence sous l'effet du règlement 1/2003 en est une illustration³⁹⁷. Enfin, l'évolution de la surveillance prudentielle des établissements bancaires, financiers et d'assurance montre cette tendance « en action ». Nous sommes passés, en moins de dix ans, d'une architecture d'un nouveau type, adaptant aux besoins de ces secteurs la comitologie (« path dependence ») à une structure fondée aujourd'hui sur de nouvelles agences.

L'intégration verticale est une des synthèses de ces différentes mutations. Elle permet un mélange de centralisation et de décentralisation, de regain de *Voice* pour les États membres et d'affirmation du rôle central de l'Union. Elle découle de la nécessité de trouver l'équilibre entre le besoin de régulation supranationale et l'importance, pour les États membres, de garder la main sur le système. Pour résoudre cette équation, il faut intégrer directement les États membres au processus communautaire, et notamment à un processus de mise en œuvre centralisé sous l'égide d'une institution supranationale. Mais ce n'est pas l'État membre dans sa globalité qui est représenté. Le caractère unitaire de son administration a disparu, notamment sous l'effet de sa régulation. Ainsi démantelées, les parties de l'administration peuvent se connecter directement à leurs homologues nationales et communautaires. C'est pourquoi l'intégration verticale est, par définition, sectorielle et technique (voire

³⁹⁷ Règlement 1/2003/CE du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO n° L 1 du 4.1.2003, pp. 1-25. Sur les évolutions engendrées en matière de collaboration entre autorités voir, IDOT L., « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 2008, n° 3, pp. 786-821.

technocratique) et donc détachée du politique. Elle assure la collaboration, dans un secteur donné, entre des administrations nationales déterminées, et spécialisées, et une autorité supranationale. Elle est fonctionnelle car cette collaboration ne cherche pas à atteindre l'intérêt général mais un but précis défini en commun : soit dans le Traité (politique monétaire ou de concurrence), soit dans le texte de base à l'origine de la nouvelle structure (agences). Ces administrations vont former un réseau qui fonctionnera sur la logique délibérative, propre à la méthode communautaire.

Nous décrivons un phénomène vague et protéiforme mais qui répond à un certain nombre de caractéristiques. Nous allons à présent les résumer dans une méthode. Son utilité est de montrer ses traits de manière abstraite. Mais elle n'est pas cumulative et n'exige pas la réunion absolue de tous ces critères. Dans un domaine, l'intégration peut être plus ou moins verticale. Les critères que nous donnons seront plus ou moins forts, plus ou moins exprimés. Nous verrons que l'Eurosystème constitue un exemple topique d'intégration verticale. La nature particulière du secteur qu'il a en charge : la monnaie, lui impose de pousser le modèle à son paroxysme.

L'intégration verticale est une déclinaison de la méthode communautaire, mais une déclinaison sectorielle. Ses structures vont s'adapter aux spécificités du secteur en cause. Mais, dans son fonctionnement, l'intégration verticale met en réseau des autorités nationales et communautaires. Or, les théories de la régulation imposent non seulement une autonomie de ces institutions mais aussi leur hiérarchisation entre elles ; l'autorité supranationale devant superviser la mise en œuvre du droit de l'Union par ses homologues nationales. Ainsi, cette nouvelle méthode a quatre caractéristiques. Elle est communautaire, dans ses fondements juridiques et dans sa nature. Elle est sectorielle. Elle produit un système organisé entre des administrations nationales et communautaires. Ces dernières se voient garantir une autonomie, voire une indépendance, par rapport aux institutions et organes de l'Union et aux États membres.

Ces grands traits de la méthode vont articuler notre raisonnement et permettre de mieux saisir la nature de l'Eurosystème. Par un processus récursif, notre étude nous révélera aussi des lois propres à l'intégration verticale

C. L'Eurosystème comme exemple.

Deux facteurs expliquent le choix de l'Eurosystème. Le secteur qu'il va devoir gérer est à la fois l'un des plus ouverts, touchant à un bien – la monnaie – dont la circulation est libre et instantanée, mais aussi l'un des plus proches des préoccupations des États. La monnaie, non seulement touche au cœur de la souveraineté des États, mais à une influence déterminante sur l'évolution de leurs économies. Nous sommes alors au cœur du dilemme communautaire : une force centrifuge exacerbée – par la liquidité quasiment totale de la monnaie qui ne tolère aucune distorsion entre les États membres et qui demande alors une grande coordination supranationale – et une force centripète tout aussi importante – les États membres cherchant à garder le contrôle sur la politique monétaire. La doctrine a remarqué le rôle d'avant-garde de l'Eurosystème et la BCE. Ainsi, un éditorial de la *Common market law review* s'interroge :

« Les agences exécutives au sein de la Communauté européenne : la Banque centrale européenne – un modèle »³⁹⁸ et en conclut que « l'on pourrait penser que la BCE est un exemple illustrant jusqu'où la logique du mécanisme des agences pourrait aller en termes d'autonomie au regard du système institutionnel normal de prise de décision. On pourrait ajouter qu'en principe ce qui peut être considéré comme acceptable pour protéger la politique monétaire de considérations conjoncturelles et politiques de court terme, sera difficile à défendre pour d'autres secteurs »³⁹⁹. De même, pour J.-V. Louis et T. Ronse, l'Eurosystème n'est pas un modèle reproductible car les conditions de sa création sont trop spécifiques pour son extension⁴⁰⁰. C'est justement cela qui nous intéresse dans l'Eurosystème : il pousse le modèle de l'intégration verticale dans ses limites⁴⁰¹, permettant ainsi plus efficacement d'en révéler ses traits saillants. Il est cependant indéniable qu'il s'inscrit dans une tendance lourde du droit institutionnel que les conditions d'émergence de l'intégration verticale ont mis en avant. Conformément à cette méthode, l'Eurosystème est un sous-système spécifique de l'Union européenne (Partie 1) dont il faudra étudier le fonctionnement interne, comme externe (Partie 2).

³⁹⁸ Editorial Comments, « Executive Agencies within the EC: The European Central Bank – a model ? », *CMLR*, 1996, Vol. 33 n°4, pp. 623-631.

³⁹⁹ « one might think that the ECB presents an example illustrating how far the logic of an agency mechanism can go in terms of autonomy with regard to the normal institutional system of political decision-making. In that respect, the ECB will most probably remain an atypical and unique case. One might add, as a matter of principle that what can still, "à la limite", be considered acceptable for reasons of protecting monetary policy from conjunctural and short term political considerations, will be difficult to defend for other sectors », *idem*, p. 630.

⁴⁰⁰ Ainsi pour J.-V. Louis et T. Ronse, l'Eurosystème n'est pas reproductible : « Si l'on ne peut nier l'intérêt et la flexibilité du SEBC, il ne nous paraît pas préfigurer un type de gouvernance susceptible de nombreuses applications dans l'ordre juridique de l'Union. Il suppose, en effet, la réunion de caractéristiques que l'on ne rencontre pas aisément réunies hors du domaine qui l'a suscité : une action isolée par nature des influences politiques et des responsabilités des institutions politiques de l'Union, une matière délimitée et technique, une ouverture traditionnelle à la coopération transfrontière », LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn / Bruylant / L.G.D.J., 2005, 458p, p. 424.

⁴⁰¹ C'est l'avis de M. Everson pour qui « An autonomous central bank furnishes an extreme example of the manner in which independent agencies may be deployed both to pursue positive goals and to delimit the operations of democratically elected government » EVERSON M., « Independent Agencies: Hierarchy Beaters? », *ELJ*, 1995, Vol. 1 n°2, pp. 180-204, ici p. 187.

Partie 1 : L'Eurosystème : un système atypique du droit de l'Union européenne

L'Eurosystème est un sous-système de l'Union européenne. En effet, il « *manifeste une sorte de subordination à l'égard d'un système dont il est partie intégrante* »⁴⁰². Plus précisément, et pour reprendre les termes du Professeur Gautron, il constitue un « *sous système institutionnel autonome* »⁴⁰³. Sont ainsi résumés en trois mots l'essence de l'Eurosystème : il appartient à l'Union, il lui est soumis mais s'en détache. Il est impossible de comprendre l'Eurosystème hors du contexte de l'Union européenne. Formellement, la BCE appartient au cadre institutionnel par lequel l'Union poursuit ses objectifs⁴⁰⁴, définis à l'article 3 du TUE et notamment : « *le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement* »⁴⁰⁵. La monnaie unique est au cœur du projet européen. Ces objectifs généraux de progrès économique ne sont pas les buts prioritaires de la BCE. Elle est instituée en vue de « *maintenir la stabilité des prix* »⁴⁰⁶. Pour assurer la poursuite de ce but, le traité garantit au sous-système une indépendance face aux États membres et aux autres institutions.

Ainsi institué pour poursuivre un objectif spécifique à la marge de l'Union et de ses composantes, l'Eurosystème se détache du cadre général de l'Union pour constituer un sous-système finalisé. Cette dernière composante est fondamentale et consiste, selon E. Morin, à « *atteindre un but déterminé en dépit des perturbations et aléas qui surgissent en cours d'action* »⁴⁰⁷. Elle est la « *cause intérieure (...) active, déterminante (...) pour commander les performances et les productions* »⁴⁰⁸. Pour l'Eurosystème, sa finalité est dictée par sa spécialisation. Les années quatre-vingt ont vu la naissance d'un consensus autour de la stabilité des prix comme objectif prioritaire, si ce n'est unique, de la politique monétaire. Ainsi, la dévolution d'une compétence monétaire à l'Eurosystème passe inévitablement par

⁴⁰² LUGAN J.-C., *La systémique sociale*, précité, p. 32.

⁴⁰³ GAUTRON J.-C., *Droit européen*, 14^{ème} Éd., Dalloz, Paris, 2012, 346 p., ici p. 295. MAJ

⁴⁰⁴ Voir art. 13 TUE.

⁴⁰⁵ Art. 3 §3 TUE.

⁴⁰⁶ Art. 127 §1 TFUE.

⁴⁰⁷ MORIN E., *La méthode*, précité, p. 357.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

l'assignation d'un objectif précis : la stabilité des prix. C'est ainsi la spécialisation de l'Eurosystème qui fait sa spécificité (Titre 2). Mais, par rapport à l'Union, il ne constitue qu'un sous-système et emprunte alors des traits au système dont il dépend (Titre 1).

Titre 1 - Un système de droit de l'Union européenne

L'Eurosystème a un rapport ambivalent avec l'Union au sein de laquelle il est intégré mais indépendant. Les rédacteurs du traité de Maastricht n'ont pas souhaité faire des organes monétaires un pilier à part. Ils ont institué au sein du traité créant l'Union européenne deux nouveaux piliers. Ils sont spécialisés sur la politique étrangère et de sécurité commune et sur la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Ils coexistent à côté du pilier communautaire, représenté notamment par le traité sur la Communauté européenne. Au contraire, ils ont intégré l'union monétaire au traité CE. Ainsi, la monnaie participe pleinement du projet économique d'institution d'un grand marché. Mais surtout, cette incorporation dans les structures existantes marque et induit l'attachement aux techniques propres à l'intégration communautaire. Historiquement l'union monétaire est le fruit du *spill-over* de l'intégration économique. Mais surtout, l'Eurosystème est le produit d'une lente intégration monétaire européenne. Ses institutions le montrent bien. Le fonctionnement de l'Eurosystème, basé sur la technique de l'intégration verticale, reprend les traits caractéristiques du système institutionnel de l'Union, et notamment la méthode communautaire. Dans sa nature première, la méthode communautaire est technocratique. L'intégration verticale renoue avec cette essence. La méthode traditionnelle est alors adoptée pour son efficacité et sa flexibilité. Ces deux caractéristiques sont au centre de l'intégration verticale qui est, par définition, évolutive et adaptable. Ainsi, elle a montré lors de la crise son efficacité.

Comme le titre suivant le montrera, l'Eurosystème a su prendre rapidement des décisions décisives par le biais des mesures dites non-conventionnelles et le rachat de titres souverains sur le marché secondaire. Ainsi, ces décisions à forte portée politique ont été prises rapidement grâce au processus décisionnel dépolitisé du système. Cependant, cette adaptabilité rencontre des limites dans le Statut du système. Couchées dans le droit primaire, les bases juridiques fondant son fonctionnement sont alors rigides. L'Eurosystème exerce, à présent, une compétence issue de la souveraineté des États dont ils se sont départis. Il était donc indispensable pour eux de les couler dans le texte constitutionnel de l'Union. Les débats politiques autour de la monnaie ont été tranchés et traduits dans le langage du droit. Il leur confère ainsi une neutralité qui permet le fonctionnement efficace de l'Eurosystème. Cependant, la rigidité du médium constitutionnel, dans lequel son mandat est inséré, empêche aujourd'hui tout renouvellement du débat et toute modification de son mandat. Beaucoup appellent aujourd'hui de leurs vœux une réflexion sur les buts assignés au système. Une contradiction naît alors entre la technicité du fonctionnement interne de l'Eurosystème, basé sur les traits les plus technocratiques de la méthode communautaire (Chapitre 2) et les sources de son fonctionnement, insérés dans le traité qui cherche aujourd'hui à limiter l'essence technocratique de l'Union (Chapitre 1).

Chapitre 1 : Le droit de l'Union européenne : base juridique de l'Eurosystème.

1 L'Eurosystème est institué par les traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ils contiennent les bases juridiques qui organisent le système ainsi que sa composante communautaire la BCE. Les règles de fonctionnement du système sont disséminées dans ces traités. La majorité d'entre elles sont contenues dans le Chapitre 2 « *La politique monétaire* » du Titre 7 « *La politique économique et monétaire* » de la Troisième partie « *Les politiques et actions internes de l'Union* » du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne⁴⁰⁹. La Banque centrale européenne fait l'objet d'une section au sein du chapitre relatif aux institutions du titre portant sur les dispositions institutionnelles⁴¹⁰. Enfin, ces dispositions sont complétées par le Protocole n°4 sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne⁴¹¹. Les rapports entre les Statuts et le traité sont assez confus. Ils ne viennent pas seulement compléter le traité mais souvent le répète sans aucune valeur ajoutée⁴¹².

Le traité accorde une place importante à ces dispositions, ce qui peut se comprendre dans la logique du traité appréhendé comme une constitution économique⁴¹³. Au sein d'un tel texte, des prescriptions monétaires ont toute leur place. Cependant, depuis le traité de Maastricht et malgré l'échec du traité instituant une Constitution pour l'Europe, dit TECE⁴¹⁴, le traité cherche à s'émanciper de sa constitution économique pour devenir une constitution de plus en plus politique, s'adressant directement aux citoyens de l'Union⁴¹⁵. Il est porteur d'une ambivalence, entre ces deux conceptions et aucun choix n'a été fait. La crise l'a révélé. L'Eurosystème appartient, par définition, à la constitution économique. Or, il a pris avec la crise un rôle politique de premier plan. Ses décisions sont de plus en plus attendues, par les marchés mais aussi les Etats, il continue cependant à fonctionner dans une illusion de neutralité politique apportée par le traité.

⁴⁰⁹ Art. 127 à 133 TFUE.

⁴¹⁰ « Section 6 : La Banque centrale européenne » du « Chapitre 1 : Les institutions » du « Titre I : Dispositions institutionnelles » de la « Sixième partie : Dispositions institutionnelles et financières » du TFUE, articles 282 à 284. À en croire son titre, cette section porte sur la BCE, l'Eurosystème et le SEBC illustrant la confusion entre ces trois notions.

⁴¹¹ Nous ferons référence à ce protocole en évoquant « les Statuts ».

⁴¹² Ainsi, pour J.-V. Louis : « *le Protocole est souvent inutilement répétitif par rapport au Traité* », LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », *CDE*, 1992 n° 3-4, p. 251-305.

⁴¹³ Le concept d'origine allemande, influencé par la doctrine ordolibérale, a été transposée à la Communauté. Pour une présentation de ce concept voir CONSTANTINESCO L.-J., « La constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 244 et DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 371 p..

⁴¹⁴ Signé à Rome le 24 novembre 2004.

⁴¹⁵ Le concept a été institué par le traité de Maastricht. Il fait aujourd'hui l'objet de la deuxième partie du TFUE.

2 Cette ambiguïté irrigue la place donnée par les traités à l'Eurosystème : son fondement sur la « *charte constitutionnelle de base* »⁴¹⁶ de l'Union ainsi que la consécration de la Banque centrale européenne comme institution (Section 1). Établi par les traités, l'Eurosystème appartient à son ordre juridique de l'Union dont certaines dispositions vont trouver à s'appliquer à lui. Un équilibre subtil s'installe entre indépendance du système et inclusion au sein de l'ordre juridique de l'UE (Section 2).

Section 1 - L'établissement de l'Eurosystème par les traités

La majorité des dispositions relatives aux structures et aux principes gouvernant le fonctionnement de l'Eurosystème sont incluses dans les traités ou dans les Statuts. Le SEBC, la BCE et l'Eurosystème sont trois structures et organes différents, fondés chacun sur des bases juridiques propres. Il importe ici de traiter différemment ces trois composantes. L'intégration différenciée dans le domaine monétaire a eu pour conséquence la quasi-inexistence du SEBC dont la majorité des attributions sont, en réalité, exercées par l'Eurosystème. Ce système informel a été officialisé avec le traité de Lisbonne. Il importe ici de clairement faire la différence entre le SEBC et la BCE. Parfois, certains confondent les deux⁴¹⁷. Dans l'exercice de leurs prérogatives, il est délicat de dire qui agit quand. Mais, dans leurs fondements juridiques, ils sont séparés et il faut les étudier comme tels. La spécificité de la BCE est d'être, à la fois, une institution de l'Union et la composante d'un système qui la regroupe avec des organes nationaux. Il faut alors souligner comment les traités créent un système (§1) et placent à sa tête une institution intégrée au sein du « *cadre institutionnel* »⁴¹⁸ de l'Union (§2).

§.1 - Le statut constitutionnel ambigu de l'Eurosystème

La nuance qu'il faut faire entre le SEBC et l'Eurosystème est héritée d'une ambiguïté dans la construction du système institutionnel de l'Union monétaire. Le premier a été conçu pour rassembler l'ensemble des États membres, alors qu'il a toujours été évident que tous n'y participeraient pas, en tout cas pas en même temps⁴¹⁹. Ainsi, le Rapport Delors ne concevait

⁴¹⁶ CJCE, 23 décembre 1986, Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen, aff. 294/83, Rec. 1986 II p. 1339, § 23.

⁴¹⁷ Ainsi, R. Smits ne s'interroge pas sur la place que la BCE occupe dans le système institutionnel communautaire, mais sur celle du SEBC en le comparant à la BEI. « *The status of the ESCB in the Community structure is not immediately clear (...). The ESCB may be compared with the European Investment Bank which likewise has been invested with legal personality separate from that of the Community* », voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1997, p. 93. Il n'est pas juste de comparer la SEBC dans son ensemble (qui ne jouit pas de la personnalité juridique) à la BEI ; dans ce cas précis c'est de la BCE qu'il s'agit.

⁴¹⁸ Art. 13 §1 TFUE.

⁴¹⁹ Ainsi, dans sa proposition de dispositions institutionnelles le Groupe présidé par J.-V. Louis envisage une « *intégration monétaire différenciée* », qu'ils conçoivent comme uniquement temporaire : « *Il pourrait être tenu compte des réticences ou souhaits particuliers pour échelonner, dans le temps et l'espace, l'application de certaines dispositions* » (p. 37). Ils vont jusqu'à imaginer l'« *hypothèse du refus de participation de certains des États membres* » (p. 39). *Vers un système européen de Banques centrales – Projet de dispositions organiques*,

pas qu'un membre puisse, à terme, ne pas participer à l'UEM ; mais envisageait en revanche la possibilité d'une non-participation temporaire⁴²⁰. La qualité et la cohérence des dispositions institutionnelles ont été affectées par cette ambiguïté. Les rédacteurs ont voulu construire un système impliquant tous les États membres, tout en permettant à certains de s'en exclure. Ainsi, par exemple, l'article 10 des Statuts (tels qu'annexés au traité de Nice) disposait que « *le Conseil des gouverneurs se compose des membres du directoire et des gouverneurs des banques centrales nationales* » alors que d'après leur article 43 paragraphe 1 il s'agit seulement des « *banques centrales des États membres ne faisant pas l'objet d'une dérogation* ». Depuis le traité de Lisbonne, cette subtilité a été corrigée et le conseil ne regroupe plus que les gouverneurs des BCN de la zone euro.

Ainsi, d'après l'article 107 TCE « *Le SEBC est composé de la BCE et des banques centrales nationales* ». Or, il était acquis que tous les États ne participeraient pas à l'union monétaire et que leurs BCN ne seraient pas intégrées à la gestion de la monnaie unique. Elles font pourtant partie, de droit, du SEBC. Dans ces conditions, le SEBC ne pouvait pas gérer lui même la monnaie unique. Une nouvelle structure a émergé : l'Eurosystème, qui regroupe la BCE et les BCN des États membres dont la monnaie est l'euro. La situation, et ses inconvénients, ont été particulièrement bien résumés par la BCE : « *L'acronyme "SEBC" recouvre deux réalités. D'une part le SEBC fait référence à la BCE et aux BCN de tous les États membres de l'UE. D'autre part, et du fait de l'application d'autres dispositions, "SEBC" fait également référence à la BCE et aux banques centrales des seuls États membres de l'UE qui ont adopté l'euro. (...) Le traité UE a créé ces deux réalités en introduisant dans le traité CE et dans les statuts des articles qui distinguent les dispositions qui s'appliquent à l'une ou l'autre des acceptions. Cette technique législative n'est pas de nature à accroître la lisibilité et à faciliter la compréhension du traité. Afin de distinguer la seconde notion du "SEBC", le Conseil des gouverneurs a utilisé le terme "Eurosystème" dans ses communications avec le public* »⁴²¹. L'Eurosystème a alors repris la majorité des tâches confiées au SEBC par les traités et le statut (B). La structure créée par le conseil des gouverneurs⁴²² a ensuite été constitutionnalisée par le traité de Lisbonne, qui a partiellement simplifié les dispositions institutionnelles (A).

A. *L'Eurosystème, une structure pragmatique constitutionnalisée.*

2

Rapport du groupe présidé par Jean-Victor Louis, Editions de l'Université de Bruxelles, Collections Etudes européennes, Bruxelles, 1989.

⁴²⁰ « *Participation. Il n'y a qu'une Communauté, mais tous ses membres n'ont pas participé pleinement à tous ses aspects depuis le début. Un consensus sur les objectifs finals de la Communauté, ainsi qu'une participation aux mêmes institutions devraient être maintenus, sous réserve toutefois d'une certaine flexibilité quant à la date et aux conditions auxquelles certains pays membres adhèreraient à certains arrangements. En attendant la pleine participation de tous les pays membres - qui est capitale - l'influence sur la gestion de chaque catégorie d'arrangements devrait être proportionnée au degré de participation des États membres.* » *Rapport sur l'Union économique et monétaire dans la Communauté européenne*, 12 avril 1989, §44.

⁴²¹ Avis de la BCE du 19 septembre 2003 sollicité par le Conseil de l'Union européenne sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO n° C 229 p.7, §14.

⁴²² Nous reviendrons en détails dans le Chapitre 2 sur la composition et les attributions du Conseil des gouverneurs.

Le SEBC était voué, dès sa création, à n'être qu'une coquille vide jusqu'à ce que tous les membres de l'Union soient aussi membres de la zone Euro. En pratique, lors du passage à la troisième phase de l'Union monétaire, le conseil des gouverneurs a décidé de qualifier le système en charge de la définition et de la mise en œuvre de la politique monétaire d'Eurosystème (1). À l'initiative de la BCE, l'Eurosystème a ensuite été constitutionnalisé par le TECE, apport qui a été repris par le traité de Lisbonne (2).

1) L'Eurosystème création pragmatique du Conseil des gouverneurs

Le traité est ambivalent, il institue un système regroupant toutes les BCN des États membres au sein du SEBC et confie à ce dernier les missions fondamentales liées à l'exercice des compétences monétaires⁴²³. Or, la prise de décision concrète sur ces thèmes se fait au sein du conseil des gouverneurs⁴²⁴ où ne sont représentés que les États membres ayant adopté l'euro. Afin de clarifier cette situation, le conseil des gouverneurs a décidé que le système gérant la zone euro s'appellerait « Eurosystème » et qu'il regrouperait la BCE et les BCN des États passés à la monnaie unique. Cette décision n'a pas fait l'objet d'un acte juridique distinct. Elle a été relatée par le premier bulletin mensuel de la BCE en ces termes : « *Pour renforcer la transparence et permettre au public d'appréhender plus facilement la structure très complexe de l'activité de banque centrale en Europe, le Conseil des gouverneurs de la BCE a décidé d'adopter le terme d'"Eurosystème" pour décrire, de façon conviviale, la configuration dans laquelle le SEBC exécute ses tâches fondamentales* »⁴²⁵. On peut regretter le choix des mots, voire le manque de rigueur juridique. La BCE, et donc le conseil, a la capacité d'adopter des « décisions » au sens de l'article 288 TFUE (ex art. 249 TCE)⁴²⁶. Il aurait pu user de cette compétence pour rendre officielle la déclaration d'intention du bulletin mensuel. L'adoption du règlement intérieur de la BCE était une occasion parfaite pour officialiser ce changement de nom⁴²⁷. Or, il n'en est rien.

Dans leur ouvrage consacré à la BCE, les docteurs Selmayr et Zilioli expliquent ce choix. « *"Eurosystème" n'est rien d'autre qu'une expression informelle qui (...) cherche à rendre plus transparente les acteurs concrets de la mise en œuvre de la politique monétaire définie par la BCE. On peut alors appeler ça un nom commercial* »⁴²⁸. Une telle analyse manque de rigueur. Pour justifier ce changement de nom, les auteurs s'appuient sur les précédents du

⁴²³ Elles sont détaillées à l'article 127 TFUE. Il s'agit de « *définir et mettre en œuvre la politique monétaire de l'Union; conduire les opérations de change conformément à l'article 219; détenir et gérer les réserves officielles de change des États membres; promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement* ».

⁴²⁴ Comme le précise l'article 129 TFUE : « *Le SEBC est dirigé par les organes de décision de la Banque centrale européenne, qui sont le conseil des gouverneurs et le directoire* ».

⁴²⁵ BCE, *Bulletin Mensuel*, Janvier 1999, p. 7.

⁴²⁶ Ce pouvoir lui est conféré par l'article 132 TFUE.

⁴²⁷ BCE, 7 juillet 1998, Règlement intérieur, JO n° L 338 du 15.12.1998, p. 28.

⁴²⁸ « *Of course, "Eurosystem" is nothing but an informal expression that (...) wants to make more transparent who in fact takes part in the implementation of the monetary policy defined by the ECB. One may therefore call it a trade name* » ZILILI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2d Ed., Hart Publishing, Oxford & Portland Oregon, 2004, p. 166.

Conseil et de la Commission qui ont changé leur nom à la suite du traité de Maastricht⁴²⁹. Or, ces deux institutions, l'ont fait au moyen d'une décision pour le premier⁴³⁰ et d'une résolution⁴³¹ pour le second. Or, la novation opérée par le conseil des gouverneurs a été faite de manière informelle mais a été utilisée de manière très formelle par la BCE⁴³². Ainsi, le 31 août 2000 la BCE a adopté la première orientation « *concernant les instruments et les procédures de politique monétaire de l'Eurosystème* »⁴³³. De même, toutes les publications de la BCE portent un logo « Eurosystème ». L'Eurosystème avait donc déjà une existence formelle⁴³⁴. Mais sa constitutionnalisation, à l'initiative de la BCE, était nécessaire afin de rétablir un certain formalisme juridique. Le fait que l'initiative émane de la BCE conduit à penser qu'elle ne s'estimait pas compétente pour donner un caractère juridiquement formel à ce changement de nom. Une telle compétence peut ressortir de la reconnaissance, par la Cour de justice, de la capacité d'auto-organisation des institutions⁴³⁵. En tout état de cause, le système a attendu que les traités opèrent ce changement.

2) L'Eurosystème constitutionnalisé par le traité de Lisbonne

Le traité de Lisbonne, reprenant les dispositions du traité constitutionnel, a introduit l'expression « Eurosystème » dans le TFUE à l'article 282 paragraphe 1. Ainsi, selon cet article, la « *Banque centrale européenne et les banques centrales nationales dont la monnaie est l'euro, qui constituent l'Eurosystème, conduisent la politique monétaire de l'Union* ». C'est à l'initiative de la BCE que le terme a fait son entrée dans les traités. Dans son avis relatif au TECE, la BCE a en effet estimé qu'il faudrait « *saisir l'opportunité de la réforme historique que représente le projet de Constitution pour introduire le terme Eurosystème dans la Constitution* »⁴³⁶. Cette entrée salutaire ne s'est pourtant pas poursuivie par une clarification des dispositions du traité. L'expression « *politique monétaire* » pourrait faire

⁴²⁹ Le Conseil est devenu Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes la Commission européenne.

⁴³⁰ Décision du Conseil, 93/591/CE, du 8 novembre 1993, relative à sa dénomination suite à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne, JO n° L 281 du 16.11.1993, p. 18.

⁴³¹ Du 17 novembre 1993.

⁴³² E. de Lhoneux y voit un « *paradoxe* » voir de LHONEUX E., « The Eurosystem » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 161-187, voir p. 162.

⁴³³ Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), JO n° L 310 du 11.12.2000, pp. 1-82.

⁴³⁴ Comme le dit le J.-V. Louis : « *Depuis 1998, ce terme {Eurosystème} désigne, dans les actes de la BCE, l'ensemble formé par la BCE et les banques centrales des États membres dont la monnaie est l'Euro* », LOUIS J.-V., « Article I-30 – La Banque centrale européenne » in BURGORGUE-LARSEN L., LEVADE A. & PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 401-412 et plus précisément p. 405.

Ainsi, si elle est utilisée dans des actes officiels, la notion d'Eurosystème aurait pu faire l'objet d'un acte de ce type la définissant. Une telle contradiction se voit dans les actes mêmes adoptés par l'Eurosystème. Ainsi dans l'orientation du 31 août 2000 précitée, le paragraphe 1 du point 1.1 de l'annexe 1 définit le SEBC et le second paragraphe évoque « *la compétence de l'Eurosystème* » sans l'avoir défini préalablement.

⁴³⁵ CJCE, 23 septembre 1986, AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c. Commission, aff. 5/85. Rec.1986 p. 2585, sur ce thème voir infra : Chapitre 2 du second titre de cette partie.

⁴³⁶ Avis de la BCE du 19 septembre 2003 sollicité par le Conseil de l'Union européenne sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO C 229 p.7 §14.

croire que, parmi les quatre missions du SEBC énumérées à l'article 127 TFUE, l'Eurosystème n'en conduit qu'une : la définition et la mise en œuvre de la politique monétaire⁴³⁷. Au contraire, il est en charge de ces missions alors même que le traité les confie au SEBC⁴³⁸. Le traité, même après la consécration de l'Eurosystème, continue à entretenir le mythe de la participation de tous les États membres à l'union monétaire au mépris de la lisibilité de ses dispositions. Pourtant, le statut a été modifié en ce sens. Son article 10 relatif à la composition du conseil des gouverneurs est, à présent, beaucoup plus clair. Ne sont, désormais, membres que les « *gouverneurs des banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro* ». Une telle précision est salutaire. Il aurait été souhaitable que le traité dans son ensemble subisse ce traitement et précise quelles tâches seront exercées par le SEBC et lesquelles le seront par l'Eurosystème. Les conditions dans lesquelles le traité a été élaboré ne s'y prêtaient pas vraiment⁴³⁹. Le résultat ne serait pas à l'avantage du SEBC dont, en réalité, la majorité des tâches sont exercées par l'Eurosystème.

B. L'Eurosystème, hériter des missions du SEBC

Même après l'entrée du terme « Eurosystème » dans le traité, lorsque le SEBC est mentionné, il continue de désigner deux réalités : l'une d'entre elles étant l'Eurosystème. Dans la majorité des cas le traité mentionne le SEBC alors qu'en réalité c'est l'Eurosystème qui va agir⁴⁴⁰. En effet, à l'image des autres institutions de l'Union, la BCE et l'Eurosystème ont une compétence d'attribution⁴⁴¹. Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité pour

⁴³⁷ La même ambiguïté est apparue avec l'article 3 du TFUE. Celui-ci précise que parmi les domaines de compétence exclusive de l'Union, on retrouve « *la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro* ». Il faut alors adopter une interprétation large de la notion de politique monétaire comme désignant la politique monétaire stricto sensu mais aussi les trois autres missions de l'article 127 TFUE. Voir à ce propos ce que disait R. Smits à propos des articles du TECE, que le traité de Lisbonne ne fait que recopier dans le domaine des compétences exclusives. (SMITS R., *The European Central Bank in the European constitutional order*, Elevent International Publishing, Utrecht, 2003, p. 39 et SMITS R., « The european constitution and EMU: an appraisal », *CMLR*, 2005 n° 42, pp. 425-468 plus précisément pp. 449-450 et LOUIS J.-V., « Monetary policy and central banking in the Constitution » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 27-42 voir pp. 29-30). Voir, pour une étude plus détaillée des compétences de l'Union, mais arrivant à la conclusion que les compétences énumérées à l'article 127 TFUE sont toutes exclusives, MARTUCCI F., « Union monétaire », précité, §§45-67.

⁴³⁸ Par exemple, en ce qui concerne la détention et la gestion des réserves de change : seuls les États ayant adopté l'Euro ont transféré une partie de leurs réserves à la BCE (article 3.2 des statuts) ; c'est donc bien l'Eurosystème qui l'exerce.

⁴³⁹ Sur le processus de rédaction et d'adoption du traité de Lisbonne voir, RIGAUX A., « L'écriture du Traité : le discours de la méthode », *Europe*, Juillet 2008, pp. 27-31. Selon elle, « *il est vrai que la méthode retenue pour la révision n'a pas contribué à construire un texte d'une cohérence exemplaire* », p. 31.

⁴⁴⁰ « *Même si ce n'est pas précisé, il faut donc traduire le plus souvent "SEBC" par "Eurosystème", le premier n'étant conservé à titre principal dans les textes que parce qu'il constitue l'aboutissement ultime de la monnaie commune et unique* », ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Ed., Sirey, Paris, 2012, 768p., p. 216 (lorsque l'édition ne sera pas précisée, c'est à celle-ci qu'il sera fait référence). Dans les commentaires des dispositions du TECE, les spécialistes des questions monétaires déploreraient que l'entrée du terme Eurosystème n'ait pas été accompagnée d'un toilettage des dispositions du traité (LOUIS J.-V., « Monetary policy and central banking in the Constitution », précité, p. 35 ; SMITS R., « The european constitution and EMU: an appraisal », précité, pp. 445-446 et de LHONEUX E., « The Eurosystem », précité, pp. 165-166).

⁴⁴¹ Voir l'article 12 paragraphe 2 du TUE « *Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées par les traités* ». Voir, BLUMANN C., « Institutions de l'Union Européenne – Présentation générale », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 200, § 41-42. Il est intéressant de noter qu'est ici reprise la

l'Eurosystème – et donc la BCE – que sa compétence est sectorielle, contrairement à celle des autres institutions de l'Union. Il s'agit alors de savoir dans quels domaines le traité leur donne compétence pour agir et à qui il l'attribue⁴⁴². En majorité, les compétences seront exercées par l'Eurosystème⁴⁴³.

L'article 127 du TFUE énumère les « *missions fondamentales relevant du SEBC* ». Il transparaît alors qu'elles sont exercées par l'Eurosystème⁴⁴⁴. Un indice crucial pour savoir si une tâche est confiée à l'Eurosystème ou au SEBC est de se pencher sur l'organe de décision compétent. Pour le premier c'est le conseil des gouverneurs et pour le second c'est le conseil général⁴⁴⁵. Les missions définies à l'article 127 paragraphe 2 sont confiées à l'Eurosystème car dans ces domaines c'est le conseil des gouverneurs qui est compétent⁴⁴⁶. Elles seront rapidement présentées (1) avant de voir les tâches qui restent au SEBC (2).

1) Les missions de l'Eurosystème

Il importe ici de faire la différence entre deux notions : celle d'objectif et celle de mission⁴⁴⁷. Fidèle à la logique ayant présidé à la construction communautaire, le traité assigne des objectifs à atteindre par le biais de missions précises⁴⁴⁸. L'objectif à atteindre est fixé par

2

terminologie utilisée en matière de répartition des compétences entre l'Union et les États membres où le principe d'attribution joue un rôle central. Voir, sur ce thème, MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, Paris, 2003, 704p., plus précisément pp. 49-96.

⁴⁴² La répartition entre l'Eurosystème et le SEBC est établie par l'article 139 du TFUE :

« 1. Les États membres au sujet desquels le Conseil n'a pas décidé qu'ils remplissent les conditions nécessaires pour l'adoption de l'euro sont ci-après dénommés "États membres faisant l'objet d'une dérogation.

2. Les dispositions ci-après ne s'appliquent pas aux États membres faisant l'objet d'une dérogation: (...)

c) objectif et missions du SEBC (article 127, paragraphes 1, 2, 3 et 5);

d) émission de l'euro (article 128);

e) actes de la Banque centrale européenne (article 132); (...)

g) accords monétaires et autres mesures relatives à la politique de change (article 219); »

⁴⁴³ Il « est ainsi le cadre institutionnel dans lequel le SEBC remplit les missions fondamentales qui lui sont assignées par l'article 127, paragraphe 2, TFUE » (MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 243, § 8).

⁴⁴⁴ La BCE le confirme dans ses publications officielles. Voir BCE, *La Banque centrale européenne – L'Eurosystème – Le système européen de banques centrales*, 2006, p. 13.

⁴⁴⁵ Le premier est composé des membres du directoire et des gouverneurs des BCN **ayant adopté l'euro** (article 283 paragraphe 1 TFUE). Le second comprend le président et le vice-président de la BCE et les gouverneurs de toutes les BCN des États membres de l'Union, y compris ceux **n'ayant pas adopté l'euro** (article 44 §2 des Statuts).

⁴⁴⁶ Voir l'article 12 §1 des Statuts : « Le conseil des gouverneurs arrête les orientations et prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC par les traités et les présents statuts. Le conseil des gouverneurs définit la politique monétaire de l'Union, y compris, le cas échéant, les décisions concernant les objectifs monétaires intermédiaires, les taux directeurs et l'approvisionnement en réserves dans le SEBC, et arrête les orientations nécessaires à leur exécution ».

⁴⁴⁷ Pour une présentation de ces deux notions et de leur contenu voir : de WOLF J. & SERVAIS D., « Objectives and tasks of the Eurosystem and of the national central banks », *Euredia*, 2009 n° 3, pp. 441-453.

⁴⁴⁸ Ainsi, la « *fin dernière* » de la construction européenne était – et reste – la paix notamment par le biais, à l'origine, d'« *objectifs intermédiaires* » notamment de l'établissement d'un marché commun (mission confiée à la Communauté) (nous avons emprunté ce vocabulaire à D. SIMON (SIMON D., *Le système juridique communautaire*, PUF, Paris, 2^{ème} Ed., p. 85-86). Sur ce thème voir aussi le commentaire de L. AZOULAI sous l'article I-3 du TECE, AZOULAI L., « Article I-3 – Les objectifs de l'Union » in BURGORGUE-LARSEN L.,

l'article 127, paragraphe 1⁴⁴⁹ : « *maintenir la stabilité des prix* ». Il s'agit de l'objectif premier de l'Eurosystème. L'article lui assigne un objectif secondaire, apporter « *son soutien aux politiques économiques générales dans l'Union* ». La hiérarchie entre ces deux objectifs est claire. L'Eurosystème doit rechercher en priorité la stabilité des prix⁴⁵⁰ dans la détermination de sa politique monétaire, mais si plusieurs solutions sont équivalentes, il choisira celle qui soutient le plus les politiques générales de l'Union⁴⁵¹. D'autant que la BCE est, depuis le traité de Lisbonne, une institution de l'Union. En tant que tel, elle est censée « *poursuivre ses objectifs* »⁴⁵² définis à l'article 3 TFUE.⁴⁵³ Au delà de cet objectif général, le traité offre à l'Eurosystème des outils pour l'atteindre et qui peuvent être analysés comme les compétences qui lui sont attribuées.

L'article 127 paragraphe 2 détaille les missions qu'il doit accomplir afin de remplir ses objectifs. Ainsi, l'Eurosystème sera compétent pour « *définir et mettre en œuvre la politique monétaire* », « *conduire les opérations de change* », « *détenir et gérer les réserves officielles de change des États membres* » et « *promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement* ». Il s'agit là des compétences « exclusives » de l'Eurosystème, car – à part en matière de change où le Conseil peut intervenir⁴⁵⁴ - seul lui peut agir dans ces matières. Ainsi, sa compétence en matière de détermination de la politique monétaire se concrétise en un droit exclusif d'autoriser l'émission de billets en euro et de mener les opérations dites d'*open-market* et surtout de déterminer le taux des opérations de refinancement, dit taux directeur. A l'image de l'Union, encore une fois, l'Eurosystème jouit dans certains domaines d'une compétence de soutien⁴⁵⁵, où son action va venir contribuer à l'action globale menée par

2

LEVADE A. & PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire article par article*, précité, pp. 60-77 et plus précisément p. 60.

⁴⁴⁹ Les paragraphes 1, 2, 3, 4 et 5 de l'article 127 ne s'appliquant pas aux États faisant l'objet d'une dérogation (art. 139 §2 c).

⁴⁵⁰ C'est l'opinion retenue par J. de Wolf et D. Servais. « *To the extent that price stability is safeguarded, the Eurosystem can pursue its second objective* », « Objectives and tasks of the Eurosystem and of the national central banks », précité, p. 443.

⁴⁵¹ C'est ainsi que le conçoit J.-V. Louis : « *On ne peut toutefois réduire à néant la portée du deuxième objectif. Il signifie notamment que si la Banque centrale européenne a le choix entre deux mesures de politique monétaire, conformes à l'objectif de stabilité des prix, mais dont l'une représenterait la caractéristique supplémentaire d'aider à la réalisation des politiques économiques générales, la Banque centrale européenne doit donner la priorité à cette mesure* », « L'Union économique et monétaire », CDE, précité, ici p. 281. C'est aussi l'interprétation qu'en donne la BCE. Pour C. Noyer, premier vice-président de la BCE : « *But, given the qualification "without prejudice", the Treaty also clearly states how the Eurosystem shall set its priorities* » (NOYER C., « The European Central Bank: The economic and financial driving force behind future Europe », 26 octobre 1999).

⁴⁵² Art. 13 TUE.

⁴⁵³ Une telle conclusion est renforcée par la référence à l'article 3 TFUE au sein de l'article 127. Néanmoins, une telle référence n'est pas indispensable. La simple appartenance de l'Eurosystème au système institutionnel de l'Union l'oblige à poursuivre ces buts (Voir, SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 190).

⁴⁵⁴ Voir l'art. 219 TFUE.

⁴⁵⁵ Nous utilisons là encore une analogie avec la répartition des compétences entre l'Union et les États membres. L'article 6 du TFUE donne compétence à l'Union pour « *appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres* », ce sont des compétences dites d'appui et de soutien. Dans ce cadre, il faut comprendre que « *les*

l'Union. Ainsi, il « contribue à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit »⁴⁵⁶. Ces missions recouvrent quasiment l'ensemble des compétences attribuées au SEBC, qui n'exerce en propre que quelques missions résiduelles.

2) Les missions du SEBC

Les tâches qui incombent au SEBC sont résiduelles. Pour identifier ces tâches, il faut se reporter aux articles du traité et des statuts relatifs au conseil général. Cet organe est le seul où sont représentés les gouverneurs des BCN des États n'ayant pas adopté l'euro. Même s'il est institué comme « organe de décision de la BCE »⁴⁵⁷, il est évident que lorsque la BCE agit par sa voix, elle le fait au nom du SEBC⁴⁵⁸. C'est en son sein que sont représentés tous les États membres et que sont abordées les questions relevant du SEBC dans son ensemble. Les missions du conseil général sont énumérées à l'article 46 du Statut et représentent celles que le SEBC assume en propre. Il transparaît que dans la majorité des cas, il vient en complément de tâches assumées par l'Eurosystème. Les Statut disent alors qu'il « contribue », par exemple à « établir les rapports d'activité de la BCE »⁴⁵⁹. La majorité des tâches de la BCE étant liée à l'Eurosystème, le SEBC ne joue qu'un rôle mineur dans la rédaction des rapports⁴⁶⁰. Le règlement intérieur de la BCE est clair sur ce point : il s'agit pour le conseil général de « présenter ses observations »⁴⁶¹.

L'article 46 lui confie les missions transitoires, notamment celles assumées avant par l'IME et précisées à l'article 43⁴⁶². Néanmoins, ici, il est délicat de dire que le SEBC agit dans son ensemble. Il s'instaure un dialogue entre l'Eurosystème – sous-système du SEBC – et les autres composantes, autour de la collaboration monétaire. En effet, selon l'article 141 paragraphe 2 du TFUE, la BCE « renforce la coopération entre les banques centrales nationales », « renforce la coordination des politiques monétaires des États membres » et « procède à des consultations sur des questions qui relèvent de la compétence des banques centrales nationales et affectent la stabilité des établissements et des marchés financiers ». Le

2

États membres demeurent compétents et que l'Union ne fera qu'ajouter leur action aux leurs », MICHEL V., « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, Juillet 2008, pp. 43-46, ici p. 44.

⁴⁵⁶ Art. 127 §5 TFUE.

⁴⁵⁷ Art. 44 des Statuts.

⁴⁵⁸ C'est ce qui transparaît du règlement intérieur du conseil général, dont le chapitre 2 est relatif à la « Participation du conseil général aux tâches du SEBC », décision de la BCE du 17 juin 2004 portant adoption du règlement intérieur du conseil général de la BCE (2004/256/CE) (BCE/2004/12), JO n° L 230 du 30.6.2004, pp. 61-63.

⁴⁵⁹ Art. 46.2 de Statuts.

⁴⁶⁰ Il contribue aussi à établir les règles relatives aux comptes de la BCE, à celles relatives au capital de la BCE et aux conditions d'emploi de son personnel.

⁴⁶¹ Art. 12 de la décision de la BCE du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la BCE (BCE/2004/2), JO L 80 du 18.3.2004, pp. 33-41 (par souci de commodité nous nous référerons à ce texte comme le « Règlement intérieur de la BCE »). Voir l'analyse qu'en fait J.-V. Louis, *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 226.

⁴⁶² Sur l'IME voir, LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, p. 95-112 et CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité, p. 182-225.

SEBC, réuni au sein du conseil général, est ainsi une enceinte de dialogue entre les membres de la zone euro et les autres membres de l'Union. Il hérite enfin des tâches du Fonds européen de coopération monétaire (FECOM) dont avait hérité, avant lui, l'Institut monétaire européen (IME). En pratique, cela consiste en la gestion du mécanisme de change européen (dit MCE II) qui organise les parités des rapports entre les monnaies de l'Union et leurs fluctuations. Il a été établi par le biais d'un accord entre la BCE et les BCN des États faisant l'objet d'un dérogation⁴⁶³. La conclusion d'un accord reflète l'idée que le SEBC est une enceinte de coordination entre les membres *in* et les membres *out*.

La principale difficulté dans la détermination des missions de l'Eurosystème, comme du SEBC, réside dans l'ambiguïté de la rédaction du traité. Les tâches ne sont pas clairement réparties. Une nouvelle ambiguïté surgit autour des missions confiées à la Banque centrale européenne. Il est difficile de déterminer si elle en exerce certaines en propre ou au nom de l'Eurosystème. Ce dernier « *est dirigé par les organes de décision de la Banque centrale européenne* »⁴⁶⁴. Ainsi, lorsque le conseil des gouverneurs exerce la mission consultative confiée à la BCE par l'article 127 paragraphe 4 TFUE, comment savoir si c'est la BCE ou l'Eurosystème qui parle ? D'autant que le traité de Lisbonne qualifie la BCE d'institution de l'Union. Cela conforte l'ambiguïté de la rédaction. La consécration d'un tel statut induit une certaine autonomie d'action de la BCE alors qu'en réalité, elle n'est pas réellement autonome mais rattachée à un système, à la tête duquel elle se trouve.

§.2 - La BCE, une institution de l'Union à la tête de l'Eurosystème et du SEBC

Les travaux préparatoires au traité de Maastricht, relatifs à l'Union économique et monétaire, contenaient de réelles propositions sur le statut juridique que la future Banque centrale européenne devait avoir. Paradoxalement, les traités adoptés sont silencieux sur ce point. Le cœur du débat porta sur l'indépendance à donner à l'organe responsable de la politique monétaire. Sacrifiant à la rigueur juridique, à laquelle ils avaient pourtant été invités, les rédacteurs de traités ont laissé ces derniers silencieux sur la qualification de la Banque centrale européenne qu'ils créent. Elle n'était pas mentionnée dans les anciens articles 3, 4 et 5 du TUE⁴⁶⁵ qui évoquent pourtant le « *cadre institutionnel unique* »⁴⁶⁶ dont dispose l'Union. L'ancien article 5 du TCE ne l'incluait pas sur la liste des institutions de l'Union.

Le statut incertain de la BCE a alors alimenté la doctrine qui a cherché à lui donner une qualification en droit de l'Union. La Cour de Justice n'a pas manqué de participer à ce débat

⁴⁶³ Accord du 16 mars 2006 fixant entre la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 73 du 25.3.2006, p. 21–27 modifié par l'accord du 21 décembre 2006 (JO n° C 14 du 20.1.2007, p. 6–8), l'accord du 14 décembre 2007 (JO n° C 319 du 29.12.2007, p. 7–9), l'accord du 8 décembre 2008 (JO n° C 16 du 22.1.2009, p. 10–15) et l'accord du 13 décembre 2010 (JO n° C 5 du 8.1.2011, p. 3–6).

⁴⁶⁴ Art. 129 TFUE.

⁴⁶⁵ Lorsque nous ferons référence au TUE, dans sa version antérieure au traité de Lisbonne, nous nous référerons à la numérotation adoptée au traité d'Amsterdam, pour plus de clarté.

⁴⁶⁶ Ex art. 3 TUE.

(A). Il a fallu attendre l'adoption de traité de Lisbonne, reprenant sur ce point le traité constitutionnel, pour que la Banque centrale européenne soit hissée au rang d'institution. Le traité en fait cependant une institution de second rang, à côté des institutions exerçant le pouvoir public au sein de l'Union⁴⁶⁷. La pertinence d'une telle qualification, donnée à un organe technique et à la légitimité démocratique distendue, est critiquable (B).

A. *De Maastricht à Nice, la qualification floue de la BCE.*

Les propositions ne manquaient pourtant pas. Le rapport Delors du 12 avril 1989 prévoyait à son paragraphe 32 de créer une véritable institution monétaire jouissant d'un statut comparable aux autres institutions de l'Union⁴⁶⁸. Le groupe de travail présidé par J.-V. Louis suggéra de lui donner le statut d' « établissement public de droit communautaire »⁴⁶⁹. Aucune de ces propositions ne fut retenue et aucune position sur cette question ne fut prise par le traité. La doctrine s'est saisie du problème, le débat s'est alors cristallisé autour d'une interprétation « fantaisiste » et militante que beaucoup ont réfutée (1). Cette interprétation était portée par la directrice des services juridiques de la BCE, le docteur Chiara Zilioli, qui n'a pas manqué d'influencer son activité juridique, forçant alors la Cour de Justice à prendre position (2).

⁴⁶⁷ Sur l'idée que la Communauté est le siège d'un pouvoir public, voir la démonstration de S. Roland, ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs – Recherches sur la distribution des pouvoirs législatifs et exécutifs dans la Communauté*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 722 p., ici pp. 11-12. A ce propos, C. Blumann estime que seules certaines institutions, les institutions généralistes, exercent ce pouvoir public, BLUMANN C., « Institutions de l'Union européenne – Présentation générale », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 200, § 12.

⁴⁶⁸ « L'union économique et monétaire exigerait la mise en place d'une nouvelle institution monétaire, dans la constellation des institutions communautaires (Parlement européen, Conseil européen, Conseil de ministres. Commission et Cour de justice). », *Rapport sur l'Union économique et monétaire dans la Communauté européenne*, 12 avril 1989.

⁴⁶⁹ *Vers un système européen de Banques centrales – Projet de dispositions organiques*, précité p. 41. Ils justifiaient leur choix en ces termes : « La Banque est créée directement par le traité et donc par la Constitution de la Communauté.

La catégorie des établissements publics (public corporation) est bien connue en droit international. C'est à cette notion qu'il est fait référence. Il n'est pas proposé de faire de la Banque une « institution » de la Communauté, à l'instar du Parlement, du Conseil, de la Commission et de la Cour de justice mais certaines dispositions du traité applicables en général aux institutions sont rendues spécialement applicables à la Banque, ainsi à propos du régime des actes » (p. 64, nous soulignons).

Cette notion d'établissement public de droit communautaire n'a pas connu de consécration. La doctrine dite *Meroni* (issue de l'arrêt de la Cour de justice du même nom CJCE, 13 juin 1958, *Meroni et Cie c. Haute autorité de la CECA*, aff. 9/56, Rec. 1958 p. 11) interdit aux institutions de déléguer leurs pouvoirs sous peine de rompre l'équilibre institutionnel, n'y est sans doute pas pour rien (pour une approche synthétique de cette doctrine voir LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, précité, p. 412 et s. ; pour une approche critique de cette doctrine voir ZWART T., « La poursuite du père *Meroni* ou pourquoi les agences pourraient jouer un rôle plus en vue dans l'Union européenne » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 159-173 : l'auteur ne propose pas un revirement de jurisprudence le la part de la Cour de Justice mais invite la doctrine à revoir son interprétation de l'arrêt duquel il propose une « *interprétation alternative* », p. 164).

On peut néanmoins se demander, si le développement actuel des « agences » ne répond pas au même type de préoccupations. Une étude approfondie de la notion d'établissement public révélerait certainement une grande proximité avec celle d'agence. La proposition de faire de la BCE un « établissement public » démontre le rattachement fonctionnel opéré entre elle et les agences.

1) La controverse doctrinale sur la qualification de la BCE.

La controverse n'a pas intéressé tous les juristes de droit de l'Union, seule la doctrine spécialisée s'étant penchée sur la question. Ainsi, la majorité des manuels n'abordent pas ce point. Ils donnent tous une qualification différente mais peu ou prou équivalente de la BCE. Ce sont les spécialistes de la matière qui ont réellement pris position ; la majorité contre la thèse de Chiara Zilioli et son co-auteur Martin Selmayr.

Les Professeurs Blumann et Dubouis ne donnaient pas de qualification à la BCE. Ils classaient directement le SEBC⁴⁷⁰ parmi les « *organes complémentaires à vocation financière* »⁴⁷¹. Il est délicat de qualifier le SEBC, dans son ensemble, d'organe. Il s'agit, par nature, d'un rassemblement alors que le terme d'organe désigne plus volontiers une entité seule. De la même manière, le Professeur Pertek évoquait la BCE et le SEBC dans une section consacrée aux « *organes de gestion et de contrôle* »⁴⁷². Les Professeurs G. Isaac et M. Blanquet ainsi que le Professeur Simon la classaient, dans leur ouvrage respectif, parmi les « *organes de gestion* »⁴⁷³, notamment aux côtés de la BEI. Il faut souligner que ces deux ouvrages insistent sur l'intégration de la BCE au sein d'un système plus vaste. D. Simon évoque « *le dispositif institutionnel de gestion de l'Union monétaire* »⁴⁷⁴. De manière encore plus frappante, G. Blanquet et M. Isaac précisent que « *La BCE est le pivot d'un réseau prévu lui-même par le traité : le Système européen de banques centrales* »⁴⁷⁵. Il ressort de cette brève étude que la BCE est le plus souvent qualifiée d'organe et est rangée dans la même catégorie que la BEI. La qualification d'organe est, pour le moins, vague et semble désigner tout ce qui n'est pas une institution⁴⁷⁶. D'ailleurs, la notion même d'institution n'a pas réellement de définition. Il n'y a pas de critère de ce qu'est une institution. La catégorie se définit au gré des révisions du traité. La seule spécificité des institutions est notamment de se

⁴⁷⁰ Ce qui illustre une fois de plus la complexité des relations entre les deux, nous y reviendrons.

⁴⁷¹ BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel européen*, 3^{ème} Ed., Litec, Paris, 2007, 653 p., ici p. 241.

⁴⁷² PERTEK J., *Droit des institutions de l'Union européenne*, 2^{ème} Ed., PUF, Paris, 2006, 440p., ici p. 351-357.

⁴⁷³ Voir : SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, 240-241 et ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} Ed., Sirey, Paris, 2006, 539p., pp. 123-124. Ils insistent d'ailleurs sur l'ambiguïté des Statuts de la BCE : « *La BCE, à certains égards, se rapproche d'une institution, par son pouvoir d'initiative dans le domaine monétaire (...), son pouvoir consultatif (...) son pouvoir réglementaire (...) et son statut contentieux* » (p. 123). Dans la dernière mise à jour de cet ouvrage, le notion de « *structure de gestion* » disparaît et la BCE est classée parmi les « *structures bancaires et monétaires* » aux côtés de la BEI, du SEBC et « *structures de stabilisation financières* » (FESF, MES, etc) (ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Ed., précité, p. 214-217).

⁴⁷⁴ *Idem*, p. 241.

⁴⁷⁵ ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} Ed., précité, p. 124.

⁴⁷⁶ La qualification d'organe est en réalité aussi vague que celle d'institution. Entrée par la petite porte dans le TCE à l'article 286 paragraphe 1 TCE (« *À partir du 1er janvier 1999, les actes communautaires relatifs à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données sont applicables aux institutions et organes institués par le présent traité ou sur la base de celui-ci.* ») elle a été consacrée par le traité de Lisbonne qui étend un grand nombre de dispositions applicables aux institutions aux « *organes et organisme de l'Union* », venant un peu plus diluer la notion d'institution qui pouvait avant se reconnaître par son régime juridique propre.

voir appliquer certains principes⁴⁷⁷ et de jouir d'un statut contentieux privilégié, statut dont paradoxalement la BCE a toujours joui.

La doctrine spécialisée dans l'Union économique et monétaire ne s'est pas réellement penchée sur la question de la qualification de la BCE avant la publication par C. Zilioli et M. Selmayr de leur qualification. Ainsi, les commentateurs des dispositions relatives à l'Union monétaire soulignent l'absence de la BCE ou du SEBC de la liste des institutions de l'Union, tout en insistant sur son intégration au sein de son paysage institutionnel, sans rechercher plus avant quelle place elle y occupe⁴⁷⁸. Pour J.-V. Louis, l'exclusion de la BCE (comme du SEBC) de la liste des institutions de l'Union est le prolongement du choix politique de garantir une large indépendance au système⁴⁷⁹. L'auteur va plus loin et voit là une tentative de certains États de faire échapper la BCE et le SEBC aux « *règles générales du Traité s'appliquant aux institutions* »⁴⁸⁰. Comme le pressentait J.-V. Louis, une telle tentative était vouée à l'échec. Au delà de ces précisions relatives à la non qualification de la BCE comme institution, la doctrine de l'époque⁴⁸¹ ne cherche pas quelle place peut occuper la BCE. Elle était le plus souvent précisée en faisant une analogie, faite aussi avant Lisbonne par les manuels de droit de l'UE, avec la Banque européenne d'investissement. D'un point de vue strictement juridique quant à leur statut, l'analogie est pertinente, elle a d'ailleurs été reprise par la Cour de Justice. Elle est, d'un point de vue fonctionnel, assez réductrice. Les deux organes exerçant des activités sensiblement différentes. L'intervention dans ce débat de l'approche C. Zilioli et M. Selmayr a été salvatrice. Elle a contraint les spécialistes de la matière à se pencher sur la question.

Il y a eu une évolution dans leur pensée, provoquée par l'arrêt Olaf. Leur thèse « pré-Olaf » sera abordée ici avant de revenir sur les conséquences que l'arrêt a eu sur leur hypothèse dans le paragraphe suivant. Leur thèse a le mérite de penser la BCE comme composante à la fois du SEBC et de la Communauté européenne et de réussir à lui attribuer une place d'ensemble

⁴⁷⁷ Notamment le principe de l'équilibre institutionnel, sur lequel nous reviendrons dans la seconde partie. Pour une présentation du « droit commun des institutions » voir, SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, pp. 175-181 ; BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., Litec, pp. 187-216 et BLANQUET M., « Institutions politique et administratives », *Joly Communautaire*, 2006, pp. 11-12.

⁴⁷⁸ Ainsi dans sa thèse, R. Chemain n'évoque pas le problème, CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, Pedone, Paris, 1996, 479 p.. F. Dehousse ne mentionne pas ce point dans ces commentaires des articles du TCE relatifs à l'Union monétaire (voir DEHOUSSE F., « Article 105 » « Articles 107, 108 et 109A » et « Articles 109A, 109B, 109C et 109D » in CONSTANTINESCO V., KOVAR R. et SIMON D., *Traité sur l'Union européenne – Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, respectivement pp. 250-253, 259-261 et 269-275).

⁴⁷⁹ « *Si le Système européen de banques centrales et la Banque centrale européenne n'apparaissent pas dans un paragraphe ad hoc de l'article 4, qui est relatif aux institutions de la Communauté, mais dans une disposition spéciale, l'article 4A {devenu article 5 TCE}, c'est pour consacrer l'indépendance de l'autorité monétaire* », LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, p. 29.

⁴⁸⁰ LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 280. L'auteur précise « *Inutile de dire que la précaution peut paraître inefficace, si l'on songe que la Cour n'hésitera pas, le cas échéant, à se référer à des règles générales du droit communautaire* ».

⁴⁸¹ Ce que souligne aussi le Professeur P. JAN SLOT (« Les dispositions institutionnelles de l'Union économique et monétaire » in DUPUY P.-M. & LEBEN C. (dir), *Cours et travaux - Droit européen I*, Pedone, Paris, 1998, pp. -30).

sans nier l'une ou l'autre de ces réalités ; alors que la comparaison avec la BEI omet de replacer la BCE à la tête d'un système composé d'organes nationaux. Mais ces qualités ne suffisent pas à sauver une position trop extrême, influencée par des vues militantes. La majorité de la doctrine ne s'y est pas trompée et l'a rejetée. Les écrits de C. Zilioli et M. Selmayr sont nombreux. Leur position s'est affinée au fil du temps. Dans leurs premières contributions, soit ils ne traitent pas de la question de la place de la BCE au sein du système institutionnel de l'Union⁴⁸², soit – sans pour autant détailler leur pensée – ils posent les bases de leur thèse en qualifiant la BCE d'« *une organisation spécialisée qui est, au niveau de la Communauté, responsable de la monnaie unique* »⁴⁸³.

Ils ont ensuite fait de cette intuition, une position doctrinale défendue dans un article, dont le titre dit tout : « *The European Central Bank: an independant specialized organisation of Community law* »⁴⁸⁴. Leur démonstration commence par un rappel de la structure en piliers de l'Union européenne⁴⁸⁵ et de l'exclusion, par les rédacteurs des traités, de la création d'un pilier monétaire⁴⁸⁶. Ils réfutent ensuite la comparaison entre la BCE et la BEI, sur le fondement des différences fondamentales qui existent entre le régime et les prérogatives de ces deux organes⁴⁸⁷. Ils en viennent alors au cœur de leur théorie. « *la BCE n'est certainement pas un pilier séparé au sein de l'Union, "détachée" de la nature supranationale du droit communautaire, au contraire : elle représente (...) l'entité la plus supranationale établie jusqu'à présent par le droit communautaire. Nous suggérons donc que la BCE soit vue comme une organisation indépendante et spécialisée de droit communautaire, ce qui montre*

⁴⁸² Voir ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The European Central Bank, its system and its law (first part) », *Euredia*, 1999 n° 2, pp. 187-230 et « The European Central Bank, its system and its law (second and third part) », *Euredia*, 1999 n° 3, pp. 307-364

⁴⁸³ « *specialized organization which is, at Community level, responsible for the single currency* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The external relations of the Euro area: legal aspects », *CMLR*, 1999 Vol. 36, pp. 273-349, ici p. 292. Nous reviendrons sur cet article lorsque nous aborderons les questions des relations extérieures de la zone Euro. Déjà dans cet article, la lecture est militante (sans perdre en qualité scientifique) et avec une analyse extrêmement pointilleuse des dispositions du traité démontrent le rôle central que devra jouer la BCE.

⁴⁸⁴ ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The European Central Bank: an independent specialized organization of Community Law », *CMLR*, 2000 Vol. 37, pp. 591-644.

⁴⁸⁵ *Idem*, pp. 592-598.

⁴⁸⁶ *Idem*, pp. 603-605.

⁴⁸⁷ « *we suggest that even an analogy is not sufficient, because functionally and institutionally, the ECB is more remote from the Community institutions and their tasks than the EIB* », *idem*, p. 617. Ainsi, la BCE jouit d'une indépendance beaucoup plus affirmée que la BEI. Ils précisent aussi les différences dans la structure des deux organes, notamment quant à la participation des États membres et les outils à leur dispositions. En effet, la BCE dispose d'importants pouvoirs réglementaires alors que la BEI ne peut agir que contractuellement (c'est certes vrai, mais il ne faut pas oublier que les contrats jouent un rôle majeur dans le lien entre l'Eurosystème et les contreparties, voir infra).

En revanche, certains défendent le bien fondé de la comparaison entre la BCE et la BEI, voir DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, Springer, Vienne, 2003, p. 72-74. Dans la période précédent l'arrêt Olaf, le débat n'était pas sans intérêt. Il a été tranché par l'arrêt.

qu'elle est à la fois une organisation supranationale dans le premier, et central, pilier bien qu'associée aux trois autres communautés »⁴⁸⁸.

Cette thèse n'est pas sans défauts⁴⁸⁹. Les réactions, qu'elle a suscitées, ont été nombreuses. Certaines, directes⁴⁹⁰, s'opposent au résultat et certains postulats du raisonnement de C. Zilioli et M. Selmayr ; mais sans prendre réellement position sur la place de la BCE. Dans un article opposé à cette thèse, le Professeur Torrent vient lui donner un qualificatif à la BCE comme « *la Banque centrale de la Communauté* »⁴⁹¹. Cette affirmation est certes pertinente mais ne permet pas de réellement trancher le débat. Au lieu de se demander quelle place a la BCE dans le paysage institutionnel de l'Union, on peut juste se demander quelle place a la Banque centrale de l'Union... Un élément de réponse à cette question a été donné par la Cour de Justice.

⁴⁸⁸ « *the ECB is certainly not a separate pillar within the Union, "detached" from the supranational nature of Community law, on the contrary: it rather represents (...) the most supranational entity so far established by the means of Community law. We would therefore rather suggest to view the ECB as an independent specialized organization of Community law, to demonstrate that it is at the same time a supranational organization within the Union's first and central pillar, and independent from, albeit associated to, the existing three Communities* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The European Central Bank: an independent specialized organization of Community Law », précité, pp. 621-622.

⁴⁸⁹ Le premier reproche que nous pouvons faire à cette thèse est l'ambivalence terminologique sur laquelle elle est construite : qu'est-ce qu'une « *organisation de droit communautaire* » {« *organisation of Community law* », nous traduisons}. La notion semble inédite et les auteurs ne prennent pas le soin de la définir. Le terme organisation renvoie à celui d'organisation internationale. Pour eux, il existe au même titre des « organisations de droit communautaire », la Communauté européenne, la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier et la Communauté européenne de l'énergie atomique. Ces trois communautés forment le pilier central de l'Union et au sein de ce pilier, le traité de Maastricht a créé une nouvelle Communauté : la BCE. Ils appuient cette théorie sur trois arguments. Tout d'abord, selon eux, la BCE présente beaucoup de traits communs avec la Communauté européenne mais surtout avec la CECA et la CEEA. Ils étayent cette position sur son établissement direct par les traités dans un secteur déterminé et limité, sa personnalité juridique, son propre pouvoir normatif et ses propres privilèges et immunité ; alors qu'aucune institution n'a pas personnalité juridique. Ensuite, l'indépendance politique et financière conférée à la BCE la détache institutionnellement de la Communauté, d'autant qu'elle ne poursuit pas le même objectif que la Communauté européenne mais un objectif précis : la stabilité des prix. Surtout que, pour atteindre cet objectif, elle dispose de ses propres organes de décision. « *Though having been established by the EC treaty, the ECB is much more distinct from the EC than are the EC, ECSC {CECA} and EAEC {CEEA} and also the EIB from one another, as those have all identical members and a parallel or even merged institutional structure from which the ECB, its capital owners and its decision-making bodies can be clearly distinguished. The Relationship between the Communities and the ECB is therefore not one of subordination or of possession, but one of association* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The European Central Bank: an independent specialized organization of Community Law », précité, pp. 622-623. Enfin, malgré ces spécificités, la BCE se rattache au pilier communautaire car établie par le TCE et soumise à la juridiction de la CJCE.

⁴⁹⁰ AMTENBRINK F. & de HAAN J., « The European Central Bank: and independent specialized organization of Community Law – A Comment », *CMLR*, 2002 Vol^o39, pp. 65-76. Les auteurs réfutent la thèse de l'organisation indépendante de droit communautaire, notamment, car elle aboutit à un résultat incompatible avec le besoin de légitimité démocratique de la Banque centrale. Nous reviendrons en temps voulu sur certains de leurs arguments, particulièrement pertinents, mais qui en l'espèce ne sont pas utiles.

⁴⁹¹ « *the Central Bank of the European Community* », TORRENT R., « Whom is the European Central Bank the Central Bank of?; Reaction to Zilioli and Selmayr », *CMLR*, 1999 Vol. 36, pp. 1229-1241, ici p. 1233.

2) L'arrêt « Olaf » et la clarification de la qualification de la BCE.

L'affaire semble calibrée pour imposer à la Cour de se prononcer sur la place de la BCE dans le système institutionnel. En l'espèce, la Commission⁴⁹² exigeait l'annulation de la décision 1999/716/CE de la Banque centrale européenne, du 7 octobre 1999, concernant la prévention de la fraude (BCE/1999/5)⁴⁹³. Pour la requérante, cette décision était en contradiction avec sa décision instituant l'Office européen de lutte anti-fraude (dit « OLAF »)⁴⁹⁴ et le règlement du Parlement et du Conseil autorisant et encadrant les enquêtes de l'OLAF⁴⁹⁵. La décision de la BCE mettait en place un système de lutte anti-fraude, interne à la Banque, ce qui aboutit implicitement à nier la juridiction de l'OLAF sur la BCE. La Cour devait se prononcer sur l'inclusion ou l'exclusion de la BCE du système institutionnel communautaire, et donc sur la compétence ou non de l'OLAF sur la BCE. La Cour, suivant en cela l'Avocat Général Jacobs, rejeta les arguments de la défenderesse, qui arguait de sa place à part dans le système communautaire, et annula le règlement de la BCE dans un arrêt du 10 juillet 2003⁴⁹⁶.

La position de la Banque centrale n'est pas sans rappeler la thèse défendue par les docteurs Zilioli et Selmayr. Or, parmi les agents représentant la BCE on retrouve Chiara Zilioli⁴⁹⁷, les arguments mis en avant par la BCE reprenant ceux qu'elle a développés dans ses articles. La Cour de Justice ne prend pas une position tranchée sur la place de la BCE mais précise clairement qu'elle doit être considérée comme un organe au même titre que les autres⁴⁹⁸.

L'Avocat Général Jacobs va plus loin et qualifie, dans ses conclusions, la BCE de « *Banque centrale de la Communauté* »⁴⁹⁹. Les conclusions de l'Avocat Général sont très doctrinales⁵⁰⁰ et mentionnent en notes de bas de pages quasiment tous les articles cités précédemment. Il est évident que la position de la BCE s'inspirait de la thèse de son agent. C'est le cas, lorsqu'elle estime que le règlement 1073/1999 sur les enquêtes de l'OLAF – qui vise les institutions, organes et organismes de l'UE – ne peut s'appliquer à elle⁵⁰¹. L'Avocat Général réfute cette

⁴⁹² Soutenue par les Pays-Bas, le Parlement européen et le Conseil.

⁴⁹³ JO n° L 291 pp. 36-38.

⁴⁹⁴ Décision de la Commission du 26 avril 1999 (1999/352/CE, CECA, Euratom), JO n° L 136 du 31.5.1999, pp. 20-22.

⁴⁹⁵ Règlement 1073/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte anti-fraude, JO n° L 127 du 21.5.1999, pp. 1-7.

⁴⁹⁶ CJCE 10 juillet 2003, Commission c. BCE, aff. C-11/00, Rec. 2003 p. I-7147.

⁴⁹⁷ Elle est présentée dans l'ouvrage qu'ils ont rédigé avec M. Selmayr comme « Deputy General Counsel of the European Central Bank, Frankfurt am Main, and Head of the Institutional Law Division in its Directorate General » (voir ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2^d Ed, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2004, 268p..

⁴⁹⁸ Voir le paragraphe 64 ainsi que subsidiairement les paragraphes 92 et 133 à 135.

⁴⁹⁹ JACOBS F., Concl. Sous CJCE, 10 juillet 2003, Commission c. BCE, aff. C-11/00, Rec. 2003 p. I-7147, §60.

⁵⁰⁰ Ce n'est pas étonnant, venant de leur auteur. L'apport doctrinal de l'Avocat général Jacobs au droit de l'Union est considérable, voir MOSER P. & SAWYER K., *Making Community Law – The Legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton MA USA, 2008, 269 p.. L'ouvrage ne mentionne néanmoins pas l'affaire qui nous intéresse.

⁵⁰¹ L'avocat Général, résume ainsi – au paragraphe 55 de ses conclusions – certains arguments de la BCE qui semblent directement tirés des articles de C. Zilioli et M. Selmayr : « *La BCE conteste cette conclusion au motif qu'elle ne pourrait être considérée comme un "organe" ou un "organisme" créé par ou sur la base du traité CE au sens du règlement, étant donné le statut particulier qui lui est conféré par ce traité. Si la BCE reconnaît*

thèse en trois points⁵⁰². Tout d'abord, les rédacteurs des traités ont intégré l'union monétaire au sein du TCE⁵⁰³. Ensuite, même si la BCE poursuit un objectif prioritaire de manière autonome – la stabilité des prix⁵⁰⁴ – elle doit aussi soutenir les autres objectifs de l'Union⁵⁰⁵. Enfin, « *la BCE est – conformément au principe de l'État de droit inscrit à l'article 6 du traité sur l'Union européenne – liée par le droit communautaire et soumise au contrôle juridictionnel de la Cour* »⁵⁰⁶. Il conclut alors en rejetant expressément le thèse de C. Zilioli et M. Selmayr : « *On peut par conséquent la décrire comme la Banque centrale de la Communauté européenne; il serait déplacé de la qualifier, comme l'ont fait certains auteurs, d'organisation "indépendante de la Communauté européenne", de "Communauté dans la Communauté", de "nouvelle Communauté" ou même d'entité étrangère à la notion d'organe ou d'organisme institué par ou en vertu du traité, au sens du règlement n° 1073/1999.* »⁵⁰⁷. La Cour, dans son arrêt du 10 juillet 2003, ne s'embarrasse pas d'autant de précautions. Sur l'applicabilité du règlement 1073/1999, elle ne consacre que quelques lignes. Elle précise de manière péremptoire à son paragraphe 64 : « *Il suffit de relever à cet égard que, quelles que soient les particularités de son statut dans l'ordre juridique communautaire, la BCE a bien été instituée par le traité CE, ainsi qu'il ressort des termes mêmes de l'article 8 CE* ». Elle confirme plus loin cette conclusion avec une analyse plus détaillée, réfutant les arguments de

2

qu'elle n'existe pas dans un "monde juridique distinct de la Communauté" et admet que le législateur communautaire peut adopter des actes de nature générale applicables à la BCE, elle attire l'attention en particulier sur le fait que i) la BCE n'est pas une institution communautaire au sens de l'article 7 CE; ii) le traité CE a doté la BCE d'une personnalité juridique distincte de celle de la Communauté; iii) la BCE a ses propres organes décisionnels internes; iv) ces organes se sont vu confier par le traité des pouvoirs originaux leur permettant d'adopter des règlements et décisions obligatoires; v) les comptes de la BCE ne sont pas examinés par la Cour des comptes; et vi) la BCE doit agir de façon indépendante des institutions communautaires dans l'accomplissement de ses fonctions » (notes de bas de page non reproduites).

⁵⁰² Certains commentaires de l'arrêt n'ont pas manqué de relever la prise de position claire de l'Avocat Général et de la Cour contre la thèse de Zilioli et Selmayr. « *The Court of Justice and the Advocate General clearly reject the idea of Zilioli and Selmayr and thus follow the line of argument of Torrent* », LAVRANOS N., « *The limited, functional independence of the ECB* », *ELR*, 2004 Vol. 29, pp. 115-123, ici p. 120. En revanche, les commentateurs français de l'arrêt sont passés à côté de ce débat, voir ABDESSAMAD E. & DOUAT E., « *Portée du principe d'indépendance de la Banque centrale européenne* », *JCP G*, 2003 II 10172, pp. 1937-1941.

⁵⁰³ §57 des conclusions de l'Avocat général.

⁵⁰⁴ Il s'agit là de l'un des arguments phare de C. Zilioli et M. Selmayr pour établir la spécificité de la BCE par rapport au reste du droit communautaire (voir ZILIOLI C. & SELMAYR M., « *The European Central Bank: an independent specialized organization of Community Law* », précité, p. 622 et pp. 628-629 : « *As the ECB is an organization independent from the Communities and their institutions, this provision [article 2 EC] cannot create a direct obligation for the ECB to promote all these objectives listed in article 2 EC – the choice among which is normally up to the discretion of the Community institutions –, the ECB is committed, by its *lex specialis* Article 105(1), first sentence, EC to price stability as its primary objective* ».

⁵⁰⁵ §58 des conclusions de l'Avocat général.

⁵⁰⁶ § 59 des conclusions de l'Avocat général.

⁵⁰⁷ Il s'agit de la fin du paragraphe 60, dont le début est aussi pertinent : « *Il résulte de ces éléments, ainsi que le fait observer la Commission, que la BCE fait partie intégrante de l'ordre juridique communautaire. Le statut particulier de la BCE à l'intérieur de cet ordre - qui la distingue, d'une part, des institutions et, d'autre part, des agences et offices créés par le droit communautaire dérivé - ne peut, à notre sens, conduire à la conclusion que la BCE n'est pas un organisme faisant partie de la Communauté. La BCE est soumise aux principes généraux du droit qui font partie du droit communautaire, et contribue à la réalisation des objectifs de la Communauté tels qu'énumérés à l'article 2 CE, à travers la mise en œuvre des missions et obligations qui lui sont conférées* ».

la BCE et de C. Zilioli et M. Selmayr : « *S'agissant plus spécifiquement de la BCE, force est de constater à cet égard que, ainsi qu'il ressort des articles 8 CE et 107, paragraphe 2, CE, elle a été instituée et revêtue de la personnalité juridique par le traité CE. En outre, ainsi qu'il ressort du libellé des articles 4, paragraphe 2, et 105, paragraphe 1, CE, le SEBC, au cœur duquel figure la BCE, a pour objectif principal de maintenir la stabilité des prix, et sans préjudice de cet objectif, d'apporter son soutien aux politiques économiques générales dans la Communauté européenne, en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de celle-ci tels que définis à l'article 2 CE, au rang desquels figurent, notamment, l'établissement d'une union économique et monétaire ou encore la promotion d'une croissance durable et non inflationniste. Il s'ensuit que la BCE s'inscrit, en vertu du traité CE, dans le cadre communautaire* »⁵⁰⁸. L'arrêt et les conclusions développent d'autres points relatifs notamment à la portée du principe d'indépendance ou à l'étendue de l'obligation de consultation de la BCE, nous reviendrons dans les parties consacrées à ces thèmes à l'apport de l'arrêt⁵⁰⁹.

Les réactions de la doctrine face à l'arrêt OLAF ont été mitigées. Alors que l'Avocat Général se prononçait clairement sur le statut de la BCE dans le système institutionnel de l'Union, la Cour de Justice n'y répond pas. Néanmoins, en déclarant applicable à la BCE le règlement 1073/1999 qui s'adresse aux « *institutions, organes et organismes de l'Union* »⁵¹⁰, la Cour confirme qu'elle est soit un organe, soit un organisme ; la différence entre les deux semble d'ailleurs ténue. Mais la Cour n'en dit pas plus. Chacun peut alors interpréter l'arrêt en sa faveur. Néanmoins, le fait qu'aucune des argumentations de la BCE ne soit retenue par la Cour semble un revers pour la théorie de C. Zilioli et M. Selmayr. Ces derniers n'ont ajusté qu'à la marge leurs vues et maintiennent que la BCE constitue une « *organisation indépendante et spécialisée de droit communautaire* »⁵¹¹. Ils ont amendé leur approche afin de systématiser les cas dans lesquels le droit dérivé général s'applique à la BCE⁵¹².

R. Smits, se prononçant entre la publication des conclusions de l'Avocat Général et l'arrêt, éclaire le débat. Les présupposés, sur lesquels il se base, correspondent aux conclusions de la Cour⁵¹³ et notamment la qualité de la BCE d'organe de l'Union. « *Le SEBC est réellement "la banque centrale de la Communauté européenne". C'est la vision que je préfère du SEBC : comme un organe de la Communauté. Pas organe entendu de la même manière que les institutions communautaires mais comme une **agence indépendante chargée de la politique monétaire** au niveau de la Communauté et pour l'exécution d'autres tâches dans l'optique de*

⁵⁰⁸ § 92.

⁵⁰⁹ Pour un commentaire synthétique et clair des ces points, voir ABDESSAMAD E. & DOUAT E., « Portée du principe d'indépendance de la Banque centrale européenne », précité .

⁵¹⁰ Voir notamment le §65 de l'arrêt.

⁵¹¹ Voir notamment ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The Constitutional status of the European Central Bank », *CMLR*, 2007 Vol. 54, pp. 355-399 (voir p. 358) et « Recent developments in the Law of the European Central Bank », *YEL*, 2006, pp. 1-86 (p. 6).

⁵¹² Voir infra, section suivante.

⁵¹³ « *For me, it is quite clear that the ECB is a body of the European Community. It is one of its organs established to pursue the objectives with which the EC is entrusted* », SMITS R., *The European Central Bank in the European constitutional order*, précité, p. 23.

la stabilité des prix »⁵¹⁴. Nous ne pouvons qu'adhérer à ces conclusions. Les développements ultérieurs ont, en partie, donné tort à R. Smits puisque le traité constitutionnel puis le traité de Lisbonne ont consacré la BCE comme une « institution », un choix ni totalement pertinent, ni totalement assumé.

B. *Le traité de Lisbonne : la BCE comme institution*

Le traité de Lisbonne, sur cet aspect comme sur beaucoup d'autres, n'a fait que reprendre l'apport du traité établissant une Constitution pour l'Europe⁵¹⁵. A un point près, dans le TECE toutes les institutions n'étaient pas placées au même rang alors que le traité de Lisbonne rétablit l'égalité entre toutes. Ainsi, l'article I-19 (le premier du Chapitre I « *Le cadre institutionnel* » du Titre IV portant sur « *Les institutions de l'Union* ») du TECE, intitulé « *Les institutions de l'Union* », venait poser les bases d'un « *cadre institutionnel* » qui comprenait : le Parlement, le Conseil européen, le Conseil, la Commission et la CJUE. Un second chapitre était consacré aux « *autres institutions et organes consultatifs de l'Union* », parmi lesquelles la BCE, qualifiée explicitement par l'article qui lui est consacré d'institution⁵¹⁶. Le traité de Lisbonne abandonne cette distinction peu pertinente⁵¹⁷ et inclut la BCE dans la liste des institutions de l'Union contenue à l'article 13 TUE. Nous allons revenir sur les conséquences qu'un tel choix comporte (1), avant d'en discuter brièvement la pertinence (2).

1) Les conséquences de la qualification de la BCE comme institution

Deux conséquences découlent de cet apport du traité de Lisbonne : une réorganisation des dispositions institutionnelles relatives à la BCE et l'application à la BCE d'un certain nombre de principes, applicables aux institutions. A première vue, le traité de Lisbonne traite toutes les institutions de la même manière. En réalité, parmi les sept institutions, deux groupes se dégagent : les institutions « principales » puis celles qui semblent secondaires. Les premières sont non seulement mentionnées à l'article 13 TUE mais font l'objet d'un article synthétique dans le TUE⁵¹⁸ puis d'une section dans le TFUE⁵¹⁹. En revanche, les dispositions relatives à la BCE et la Cour des comptes sont contenues uniquement dans le TFUE, le TUE ne faisant que les mentionner à son article 13. Ainsi, les dispositions institutionnelles relatives à la monnaie

⁵¹⁴ « *the ESCB is truly 'the central bank of the European Community'. This is my preferred view of the ESCB: as an organ of the Community. Not as an organ in the same sense as the EC's institutions but as **an independent agency for the performance of monetary policy** attributed to the Community level of government and for the execution of several other tasks within the over-all price stability objective* », *idem*, pp. 24-25, (nous soulignons).

⁵¹⁵ C'est pour cette raison que nous reprendrons beaucoup des réflexions faites, sur la qualification de la BCE comme institution, au moment du traité de Lisbonne. Ce dernier reprenant dans la majorité des cas les formulations du TECE, ce qui était valable pour l'un est *mutatis mutandis* valable pour l'autre.

⁵¹⁶ Art. I-30 3 TECE.

⁵¹⁷ La doctrine doutait que cette distinction puisse avoir des conséquences juridiques (voir LOUIS J.-V., « Article I-30 – La Banque centrale européenne », précité, p. 404).

⁵¹⁸ C'est le cas du Parlement européen (art. 14 TFUE), du Conseil européen (art. 15 TFUE), du Conseil (art 16 TFUE), de la Commission (art. 17 TFUE) et de la Cour de justice (art. 19 TFUE).

⁵¹⁹ La sixième partie du TFUE est consacrée aux « *Dispositions institutionnelles et financières* », son Titre I au « *Dispositions institutionnelles* » et son Chapitre 1 aux « *Institutions* ». Chaque institution fait ensuite l'objet d'une section particulière de ce chapitre.

constituent la section 6 : « *La Banque centrale européenne* »⁵²⁰ du Chapitre consacré aux institutions du TFUE. Cette section est en réalité consacrée à l'ensemble des institutions monétaires. Ainsi, l'article 282 TFUE, qui ne figurait pas dans les traités précédents, reprend la rédaction de l'article du TECE consacré à la BCE⁵²¹. Il définit, pêle-mêle : la BCE, le SEBC, l'Eurosystème, certaines attributions de la BCE et lui octroie la personnalité juridique. L'article 283, qui reproduit l'article 112 CE presque à l'identique, est consacré aux organes de direction de la BCE. Enfin, l'article 284, qui clôt la section, porte sur les rapports entre la BCE et les autres institutions et notamment des participations croisées des membres des unes et des autres au sein d'entre elles.

On peut regretter la rédaction de cette section. Dans le TCE, la politique monétaire et les dispositions institutionnelles étaient contenues dans deux chapitres⁵²² du Titre VII « *La politique économique et monétaire* » de la troisième partie relative aux « *politiques de la Communauté* ». Or, dans le TFUE, ce titre et ces chapitres existent toujours⁵²³. Le principal problème vient d'un manque de « déconstitutionnalisation » des règles du TECE. Il était logique que dans la première partie de ce dernier, l'article I-30 vienne poser les grands principes applicables à la BCE avant que ceux-ci soit détaillés dans la troisième partie relative aux politiques. En revanche, le TFUE n'obéit pas à la même logique. Ainsi, le principe d'indépendance de la BCE est affirmé à l'article 282 TFUE. Or, il a déjà été posé par l'article 108 du TFUE⁵²⁴. Dès lors, l'article 282, article de présentation de la BCE, aurait dû être soit supprimé, soit inclus dans le TUE dans le titre relatif aux institutions.

Au-delà du manque de lisibilité de ces bases juridiques, la qualification de la BCE d'institution implique des conséquences juridiques. L'ensemble des grands principes applicables aux institutions va trouver à s'appliquer à la BCE. Il était évident que les principes découlant de l'État de droit s'appliquaient déjà à elle⁵²⁵, notamment du fait de la soumission des ses actes à la Cour de justice⁵²⁶. Il est d'ailleurs paradoxal que la rédaction des articles relatifs au recours en carence, notamment, n'ait pas été révisée afin de s'appliquer à toutes les

⁵²⁰ On peut s'interroger sur la pertinence du choix de ce titre, en-effet la première phrase de la section est « *La Banque centrale européenne et les banques centrales nationales constituent le système européen de banques centrales* ». N'aurait-il pas été plus pertinent d'intituler la section « Le SEBC » ? Cela aurait néanmoins renvoyé au flou entourant la BCE et le SEBC.

⁵²¹ Art. I-30 TECE.

⁵²² Respectivement les chapitres 2 et 3.

⁵²³ Y compris le chapitre sur les dispositions institutionnelles relatives à l'union économique et au Comité économique et financier.

⁵²⁴ De même la consultation de la BCE est prévue à l'article 282 §5 alors que les modalités sont détaillées dans l'article 127§4.

⁵²⁵ Comme le relevait l'Avocat Général Jacobs dans ses conclusions sous l'arrêt « OLAF3 (CJCE, *Commission c. BCE*, précité) « *la BCE est - conformément au principe de l'État de droit inscrit à l'article 6 du traité sur l'Union européenne - liée par le droit communautaire et soumise au contrôle juridictionnel de la Cour de justice* » (§59).

⁵²⁶ Voir : MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation* », précité, §§17-26 et LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 211-214.

institutions⁵²⁷. De même, la qualification d'institution entraîne l'application des principes d'équilibre institutionnel et de coopération loyale⁵²⁸. Cependant, l'idée même de qualifier la BCE d'institution au même titre que le Parlement ou le Conseil est discutable.

2) La pertinence douteuse de la qualification de la BCE d'institution

Certes, depuis le traité de Maastricht, un flou régnait autour de la qualification de la BCE en droit de l'Union. Mais ce flou ne l'a pas empêchée de fonctionner correctement pendant plus de dix ans ! Il n'était alors pas indispensable de lui donner le statut d'institution. D'autant que la BCE ne le demandait pas et que cela n'a pas réglé les débats relatifs à sa place dans le paysage institutionnel de l'Union. Dans un avis du 19 septembre 2003 sur le projet de TECE⁵²⁹ la BCE fait preuve d'une relative indifférence à l'égard de sa qualification d'institution. Elle accorde beaucoup plus d'importance à sa place dans le cadre institutionnel qui doit refléter la spécificité de la BCE comme seule institution ayant la personnalité juridique⁵³⁰. Ainsi la BCE « a souligné que ce n'était pas tant sa place au sein du cadre institutionnel que ses caractéristiques spécifiques qui importaient pour la BCE et pour le SEBC »⁵³¹. L'intérêt juridique d'une telle qualification semble mince.

Elle correspond à un choix plus politique consacrant la place prise par la BCE dans le paysage institutionnel⁵³², qui n'a fait que se renforcer avec la crise financière et la crise des dettes souveraines. Mais, justement, la BCE n'est pas vouée à jouer un rôle politique, mais un rôle technique. Nous partageons ainsi l'avis de R. Smits, « *Je suis pour exprimer clairement le fait que la BCE fait partie et occupe une place dans l'ordre juridique de l'Union. Mais mettre l'autorité monétaire au même niveau que les autorités politiques et judiciaires (les*

⁵²⁷ L'article 265 TFUE (ex. 232 TCE) est ainsi rédigé : « Dans le cas où, en violation des traités, le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission ou la Banque centrale européenne s'abstiennent de statuer, les États membres et les autres institutions de l'Union peuvent saisir la Cour de justice de l'Union européenne en vue de faire constater cette violation. Le présent article s'applique, dans les mêmes conditions, aux organes et organismes de l'Union qui s'abstiennent de statuer ». Il serait largement plus clair d'ériger comme principe le fait que le recours en carence est ouvert contre les actes de tous les organes et institutions de l'Union et – au besoin – d'exclure la Cour de Justice et la Cour des comptes. La rédaction actuelle montre bien la sédimentation qui s'opère au fil des révisions des traités au mépris de la clarté.

⁵²⁸ Voir sur ce thème : LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire dans la Constitution » in *Les dynamiques du Droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de J.-C. Gautron*, Pedone, Paris, 2004, pp. 421-441 et plus précisément p. 438.

⁵²⁹ Avis de la BCE du 19 septembre 2003 sollicité par le Conseil de l'Union européenne sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO C 229 p.7.

⁵³⁰ « Du fait de ses spécificités institutionnelles, la BCE doit être différenciée des "institutions de l'Union" et cela justifie le fait que l'article I-18 [devenu I-19] n'énumère pas la BCE. » (§11 de l'avis du 19 septembre 2003 précité).

⁵³¹ BCE, « La Constitution européenne et la BCE », *Bull. Men.*, Août 2004, p. 51, ici p. 61.

⁵³² « Si l'institutionnalisation de la BCE n'apporte aucune modification importante du point de vue juridique, elle peut cependant produire des effets politiques non négligeables. Sa consécration comme "institution" dans le texte du Traité constitutionnel ne fait que traduire l'état actuel de l'Union économique et monétaire (ci-après UEM), caractérisé par une asymétrie entre une Union monétaire en plein développement et maturation, au moins pour les pays participants à l'euro, et une Union économique fragile », LIANOS I., « Les "autres institutions" et les organes consultatifs de l'Union » in CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. & MICHEL V., *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Analyses & Commentaires*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005, p. 181, ici p. 187.

"institutions") n'est pas la bonne manière de le faire »⁵³³. Or, dans le Traité de Rome les institutions étaient destinées à avoir un rôle politique⁵³⁴. La qualification de la BCE d'institution conforte le flou autour de sa place mais surtout de son rôle. Seule institution réellement supranationale de l'UEM, son rôle n'a fait que croître en temps de crise en l'absence de véritable *leadership* politique au sein de l'Union. Pour C. Blumann, le traité fait une distinction « entre institutions "généralistes" et institutions spécialisées. Les premières possèdent seules la fonction du "pouvoir public" de l'Union ou de gestion générale du système de l'Union, les secondes exercent leurs compétences dans des champs limités »⁵³⁵. La BCE fait évidemment partie des secondes. Ce décalage entre sa nature technocratique et son rôle majeur est-il tenable ?

L'ambiguïté de la qualification d'institution de la BCE ressort après l'étude des principes qui lui seront dorénavant appliqués, et notamment des principes démocratiques. Il est évidemment nécessaire de favoriser la proximité entre les citoyens et la BCE. Mais il ne semble pas que cette proximité puisse s'obtenir de la même manière pour un organe essentiellement technique comme la BCE et pour des institutions à vocation plus politique comme le Parlement ou le Conseil. Ainsi, les principes posés par les deux premiers alinéas de l'article 11 TFUE ne semblent pas appropriés aux tâches assignées à la BCE. Ainsi, selon le premier alinéa : « Les institutions donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union » et le deuxième alinéa rajoute « Les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile. ». L'activité quotidienne de la BCE est extrêmement technique, ses décisions sont basées sur des analyses économiques pointues. Il semble délicat, voire improbable, de réussir à intégrer « des associations représentatives de la société civile » à cette prise de décision. C'est l'un des problèmes de donner une qualification politique à un organe technique. Nous reviendrons sur les problèmes posés par la responsabilité démocratique de la BCE.

D'autant que cela n'a pas permis de régler le débat doctrinal autour de la position de C. Zilioli et M. Selmayr. Pour certains, « il est difficile d'extrapoler les implications de cette

⁵³³ « I am in favour of expressly providing that the ECB is part and parcel of the Union's legal order. But putting the monetary authority at par with the political and judicial authorities (the 'institutions') is not the appropriate way to do so », SMITS R., *The European Central Bank in the European constitutional order*, précité, p. 38.

⁵³⁴ L'entrée du Conseil européen dans la liste des institutions (Art. 13 TUE) semble confirmer cet a priori, résumé ainsi par C. Blumann : « Le traité de Rome, dans sa version originale comme dans sa version actuelle, s'en tient à une vision très sobre des missions incombant aux institutions de l'Union, puisque selon l'article 7 [abrogé par le traité de Lisbonne], les institutions de la Communauté ont pour mission "la réalisation des tâches confiées à la Communauté". Aucune mission précise n'est indiquée, outre celle très générale de mener à bon port le vaisseau communautaire. Ce faisant, les institutions de la Communauté faisaient figure de pouvoirs publics de la Communauté ayant un rôle politique, dans le sens le plus noble du terme, ce qui ne pouvait que confirmer la distance avec les autres organes, lesquels n'exercent que des fonctions techniques » (nous soulignons), BLUMANN C., « Article I-19 – Les institutions de l'Union » in BURGORGUE-LARSEN L, LEVADE A. & PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire article par article*, précité, p. 275 ici p. 280.

⁵³⁵ BLUMANN C., « Institutions de l'Union européenne – Présentation générale », précité, § 12.

qualification, si ce n'est d'infirmier davantage les thèses tendant à reconnaître à la BCE ou au SEBC les qualités d'un sous-système autonome »⁵³⁶. Les principaux intéressés ne sont pas de cette opinion : « avec le traité constitutionnel, la balance penche plus vers l'appréhension de la BCE comme une organisation indépendante et spécialisée de droit de l'Union »⁵³⁷. Une telle position est logique, le TECE comme le traité de Lisbonne n'ont amendé qu'à la marge les dispositions relatives à l'Union monétaire, laissant intact les arguments sur lesquels cette théorie se basait.

Néanmoins, une innovation du traité de Lisbonne modifie la donne. Une grande partie de la théorie de C. Zilioli et M. Selmayr se base sur le fait que la BCE a été mise en place par les traités et un protocole qui y est attaché, et qui a donc la même valeur. Or, le nouvel article 129 du TFUE permet de modifier certains articles des statuts à l'aide de la « procédure législative ordinaire » et non plus une procédure spéciale dans le TCE⁵³⁸. L'amendement du traité de Lisbonne fait accroître la diversité des actes qui régissent le fonctionnement de l'Eurosystème.

Section 2 - L'encadrement de l'Eurosystème par le droit de l'Union

L'Eurosystème est une création des traités et la BCE est une institution. Ils s'inscrivent dans l'appareil institutionnel de l'Union⁵³⁹. Le droit qu'ils produisent fait partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union. Or, le fonctionnement de l'Union est régi par certains principes et certaines règles posées par le traité, la Cour de justice ou le droit dérivé. L'intégration de l'Eurosystème dans ce cadre impose l'application de ces principes. Ainsi, comme toute institution, elle est instituée par le droit primaire (§1). Toutes les institutions se voient aussi appliquer certaines règles de droit dérivé, mais la BCE jouit là encore d'une place à part. Non seulement les règles générales de « droit dérivé institutionnel » s'appliquent à elles mais elle est aussi soumise au législateur dans certains domaines relevant de sa compétence (§2)

⁵³⁶ BRIBOSIA H., « La politique économique et monétaire » in AMATO G., BRIBOSIA H. & de WITTE B., *Genèse et Destinée de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 663-685, ici p. 668. L'auteur fait référence à l'article de C. Zilioli et M. Selmayr : « The External Relations of the Euro Area: Legal Aspects », précité.

⁵³⁷ « under the Constitutional Treaty, the balance tips rather more than less towards an understanding of the ECB as independent specialized organisation of constitutional Union law », ZILIOLO C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, p. 43.

⁵³⁸ L'article 107 du TCE prévoyait un vote à la majorité qualifiée en cas d'initiative de la BCE ou à l'unanimité en cas d'initiative de la Commission après un avis de la BCE ou de la Commission si elle n'avait pas été à l'initiative et l'avis conforme du Parlement européen. La différence entre cette procédure et la procédure législative ordinaire consiste en une plus grande intégration du Parlement. Ce changement est important sur le plan symbolique, certains articles des Statuts ayant alors une valeur législative, voir infra. Sur la procédure prévue par le TCE voir, LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, p. 54-55.

⁵³⁹ BLUMANN C., « Institutions de l'Union européenne – Présentation générale », précité, §1. « L'appareil institutionnel recouvre (...) l'ensemble des structures organiques qui ont pour mission de faire fonctionner l'Union européenne ».

§.1 - L'encadrement par le droit primaire et les grands principes du droit de l'Union

En tant qu'institution de l'Union, les normes relatives à la BCE appartiennent au traité. De même, le SEBC et l'Eurosystème ont été mis en place par le traité et leurs règles de fonctionnement y sont inscrites. Le traité définit ainsi le « statut » de l'Eurosystème (A). Mais ce statut ne saurait être exhaustif. Appartenant à l'appareil institutionnel de l'Union, ses règles de fonctionnement s'appliquent à la BCE (B).

A. *Le droit primaire : « statut » de l'Eurosystème, du SEBC et de la BCE*

Les règles de base qui régissent le fonctionnement de la BCE, du SEBC et de l'Eurosystème sont inscrites dans le traité et dans un protocole qui lui est annexé. Ce dernier a, comme le précise le traité, la même valeur juridique que le corps du traité lui-même⁵⁴⁰. Tous deux rassemblés, ils forment les règles de base instituant l'Eurosystème et la BCE, lui attribuant des compétences et régissant leur exercice. Le traité a depuis longtemps été qualifié de « *charte constitutionnelle de base* » de l'Union. Il ne nous semble pas judicieux d'étendre cette formule aux institutions monétaires. La BCE est certes une institution de l'Union, mais une institution technique. Les règles qui la régissent ne peuvent pas avoir une nature constitutionnelle. L'idée de statut est plus convenable. Certaines règles de ce statut ont, tout au plus, une valeur constitutionnelle (1). Elles cohabitent avec des règles, certes couchées dans le traité, mais d'une valeur plus faible car elles peuvent être modifiées par la procédure législative ordinaire (2).

1) Les règles de valeur constitutionnelle

La qualification de « constitutionnel » donnée au traité est sujette à débat. « *Il y a de multiples définitions de ce qu'est une constitution et des adjectifs sont accolés à ce mot pour illustrer différents usages de la notion* »⁵⁴¹. Il n'est pas question ici d'élucider le débat autour de la notion même de constitution ; mais de rechercher si ce terme prend un sens particulier au sein de l'Union européenne et s'il peut s'appliquer aux dispositions des traités régissant la BCE. L'emploi de l'idée de constitution à propos des traités constitutifs vient de l'utilisation du terme par la Cour de Justice dans son arrêt dit « Les Verts »⁵⁴² où elle qualifie le traité de « *charte constitutionnelle de base* »⁵⁴³. L'Eurosystème et la BCE étant instituées par les traités, il est évident qu'ils appartiennent à cette charte constitutionnelle de base. Cependant, il semble qu'ils n'ont pas vocation à y appartenir.

⁵⁴⁰ Art. 51 TUE.

⁵⁴¹ LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, précité, p. 101.

⁵⁴² CJCE, 23 décembre 1986, Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen, aff. 294/83, Rec. 1986 II p. 1339, § 23.

⁵⁴³ Cet arrêt est en réalité le fruit d'une lignée jurisprudentielle par laquelle la Cour a construit l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, voir SIMON D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SFDI, *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Pedone, Paris, 2000, pp. 211-249.

Pour le Professeur Maduro⁵⁴⁴, la constitutionnalisation des Communautés, puis de l'Union, vient du besoin de donner à l'Union, et à son action normative notamment, une légitimité. Appréhender les Communautés, puis l'Union, comme une entité constitutionnellement organisée permet de justifier et de soutenir son action normative⁵⁴⁵. En reprenant le concept sur lequel se fonde l'autorité des Etats, la Cour cherche à fonder l'autorité de l'Union. A partir du pas franchi par la Cour, la doctrine est venue construire la constitution de l'Union, sur la base des traités et de la jurisprudence de la Cour⁵⁴⁶. Cela a donné naissance à ce que M. Maduro appelle « *low-intensity constitutionalism* »⁵⁴⁷. Les dispositions relatives à la BCE et au SEBC participent de ce phénomène. Leur insertion dans le traité cherche à asseoir l'autorité monétaire de l'Union, tout juste transférée depuis les États membres. Aujourd'hui, pourtant, on assiste à une « *crise existentielle de la Constitution Européenne* »⁵⁴⁸ provoquée par la tension entre l'accroissement des compétences de l'Union, de son rôle et le fait que la constitution de l'Union et les normes qui en découlent soient toujours, en grande partie, le fruit de discussions intergouvernementales. Il faut poser la question de l'Europe en tant qu'entité politique, des règles qui doivent la gouverner et de ses valeurs⁵⁴⁹.

Dans cette optique, on peut douter que des dispositions détaillées relatives au fonctionnement de l'Eurosystème et de la BCE aient leur place dans une telle « constitution » car, par leur nature technique, elles n'ont pas vocation à être constitutionnelles⁵⁵⁰. Elles ne le sont,

⁵⁴⁴ Nous exploitons ici deux articles du Pr. Maduro : « The importance of being called a constitution: constitutional authority and the authority of constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2005 n° 3, pp. 332-356 et « Europe and the constitution: is it as good as it gets? » in WEILER J.H.H. & WIND M., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 74-102.

⁵⁴⁵ « *The assumption of independent normative authority has required the adoption of constitutional doctrines to constrain and legitimate that authority. In the process of European integration, constitutionalism as the prevailing form of power followed the claim that normative authority and not vice versa. It was thus a constitutionalism instrumental and limited by that claim of normative authority* », MADURO M.P., « The importance of being called a constitution: constitutional authority and the authority of constitutionalism », précité, p. 337.

⁵⁴⁶ Elle comprend alors l'ensemble des grands principes sur lesquels se fonde le droit de l'Union, et notamment ceux qui régissent les rapports interinstitutionnels et avec les États membres ainsi que le respect des droits fondamentaux. Voir, JACQUE J.-P., « La Constitution de la Communauté européenne », *RUDH*, 1995, pp. 397-428.

⁵⁴⁷ Nous n'avons pas trouvé de traduction adéquate pour ce terme et préférons l'utiliser en version originale. M. Maduro présente ainsi l'émergence de la notion et les problèmes qui en découlent : « *The constitutionalization of the treaties created a constitutional body without discussing its soul. The constitutionalism emerging from the development of European integration was a peculiar type that was never clearly defined—what I have described as low-intensity constitutionalism* ». Une telle démarche est issue de la constitutionnalisation par le bas opérée par la Cour de justice dans le but d'accoltre l'autorité des Communautés et de révisions intergouvernementale des traités. Mais ce phénomène n'a pas changé la nature du processus politique des communautés. Ce dernier, basé sur la négociation, empêche toute délibération au niveau européen, MADURO M.P., « The importance of being called a constitution: constitutional authority and the authority of constitutionalism », précité, pp. 340-341. Il y a une contradiction entre la constitutionnalisation juridique et la nature du processus politique.

⁵⁴⁸ « *The European Constitution suffers from an existential crisis* », MADURO M.P., « Europe and the constitution: is it as good as it gets? », précité, p. 76.

⁵⁴⁹ Il ne nous appartient pas ici de les définir. Un tel exercice pose un certain nombre de paradoxes à régler, que M. Maduro détaille, voir MADURO M.P., « Europe and the constitution: is it as good as it gets? », précité, p. 81-100.

⁵⁵⁰ D'ailleurs, et sans prétendre à une étude exhaustive des Constitutions des États membres, peu d'entre elles contiennent des dispositions relatives à leur Banque centrale. Comme le dit E. de Lhoneux, elles n'ont pas réussi

aujourd'hui, que par la force des choses. C'est d'ailleurs ce que confirme J.-V. Louis qui estime que « *Il était, certes, indispensable d'insérer dans la Constitution communautaire quelques règles relatives à la banque centrale, mais les dispositions statutaires auraient pu figurer dans un acte législatif de droit dérivé* »⁵⁵¹. La consécration de la Banque centrale comme une institution de l'Union vient confirmer la volonté des rédacteurs du traité d'inscrire dans le texte constitutionnel, les dispositions relatives au pouvoir monétaire, mais sans pour autant en faire un pouvoir politique. Ils jouent ainsi avec la double facette de la notion de constitution dans l'Union. Une première héritée du « low intensity constitutionalism » et une seconde cherchant à établir l'Union comme pouvoir politique⁵⁵². Dans cette seconde optique, seules certaines dispositions relatives aux organes monétaires sont vouées à subsister dans le traité, l'indépendance de la BCE et la stabilité de prix comme objectif principal en font partie. D'ailleurs, dans le traité cohabitent deux types de règles : certaines ont une valeur constitutionnelle car elles ne peuvent être amendées que par une révision du traité et d'autres une valeur législative car un simple acte législatif permet de les amender. La différence entre les deux est posée à l'article 129 paragraphe 3 du TFUE. L'ensemble des articles du traité relatifs à la monnaie et à l'Eurosystème n'est pas de valeur constitutionnelle. C'est le cas seulement des dispositions des Statuts relatives aux objectifs, aux fonctions, à l'organisation du SEBC, notamment les institutions qui le composent, les organes qui le dirigent (leur composition, etc.) et au pouvoir normatif du SEBC. Les dispositions plus précises, notamment sur les opérations qu'il peut mener, sont de nature législative. Certaines règles d'ordre technique sont néanmoins de nature constitutionnelle, car elles précisent les grands principes de l'UEM. On peut ainsi citer l'article 21 du statut relatif aux « *Opérations avec les organismes publics* » qui rappelle l'interdiction, posée à l'article 123 TFUE, faite à la BCE d'ouvrir des découverts à ces organismes. Enfin, certaines dispositions sont dotées d'une valeur constitutionnelle sans que cela semble justifié. C'est le cas de celles relatives au capital de la BCE et à sa répartition⁵⁵³. Il serait plus pertinent de placer dans le traité les dispositions

2

à « *accéder dans les États au rang de pouvoir constitutionnel* » (de LHONEUX E., « Du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne », *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Éditions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 239-247, ici p. 241). La loi fondamentale de la RFA la mentionne à son article 88. En revanche, les constitutions française, italienne, espagnole, belge, luxembourgeoise, grecque et des Pays-bas ne contiennent pas de dispositions relatives à leurs banques centrales. Cela montre l'influence du constitutionnalisme allemande sur le constitutionnalisme européen, et notamment celle de l'ordolibéralisme.

⁵⁵¹ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 133.

⁵⁵² « *Slowly, the Union has become dissatisfied with its traditional low-intensity constitutionalism coupled with political intergovernmentalism. (...) the processes of constitutionalization and Europeanization raised new claims for legitimacy in the European Union. The claims of political and normative authority cannot be sufficiently legitimated by the functional rationale and the low-intensity constitutionalism described above. The answers to these challenges increasingly demand an inquiry into the nature of the European polity and its relationship with national polities. As matters stand, they are not compatible, given a strict separation between constitutionalism and the question of the political community* », MADURO M.P., « The importance of being called a constitution: constitutional authority and the authority of constitutionalism », précité, p. 343.

⁵⁵³ On peut facilement imaginer les raisons justifiant la nature constitutionnelle de ces dispositions. Elles viennent régler la participation financière des États membres, par le biais de leur Banque centrale, et les revenus

fondamentales, donc de valeur constitutionnelle, et dans le protocole celles plus précises qui font application du traité et de donner à l'ensemble du protocole une valeur législative. Aujourd'hui, certains articles du protocole contiennent des dispositions de valeur constitutionnelle alors que l'alinéa suivant est de valeur législative.

Il faut enfin noter que parmi ces dispositions de valeur constitutionnelle, certaines peuvent être modifiées avec la procédure de révision simplifiée prévue à l'article 48 paragraphe 6 TUE. Il s'agit des dispositions contenues dans la troisième partie du traité et notamment l'ensemble du titre VIII relatif à la « *Politique économique et monétaire* », et plus précisément le Chapitre 2 relatif à « *La politique monétaire* ». Cette procédure ne passe ni par une Convention, ni par une Conférence intergouvernementale (CIG), mais par une décision à l'unanimité du Conseil, après consultation de la BCE, qui devra être ratifiée par l'ensemble des États membres. Au final, seules les dispositions institutionnelles, contenues aux articles 282 à 284, doivent être modifiées par la procédure ordinaire ; à savoir la réunion d'une Convention, puis d'une CIG. Ces trois articles, à en juger par leur méthode de révision, peuvent être considérés comme les seules véritables dispositions constitutionnelles, par nature. Les autres relèvent du « low intensity constitutionalism » lié à la nature économique du projet d'intégration. Les premières relèvent de la constitution politique de l'Union et les secondes de sa constitution économique⁵⁵⁴. Enfin, d'autres règles techniques n'ont vocation à appartenir ni à l'une, ni à l'autre et pourront alors être modifiées par la « procédure législative ordinaire ».

2

qu'ils tireront de cette participation. Dans une constitution majoritairement économique, de telles préoccupations matérielles auront un statut constitutionnel.

⁵⁵⁴ Il n'y a pas d'identité entre le « law intensity constitutionalism » de M. Maduro et la constitution économique. Cette notion est une notion matérielle qui recouvre, d'après L.-J. Constantinesco, « *l'ensemble des normes établissant les structures précisant les facteurs économiques, leurs fonctions et spécifiant les règles, régissant le déroulement du processus économique qu'il soit ou non contenu dans un document constitutionnel* » (CONSTANTINESCO L.-J., « La constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 244-281). Les rapports qu'entretiennent la constitution économique et la constitution juridique sont flous. « *la constitution économique ne doit pas être confondue avec la constitution juridique. Or, si celle-ci est présentée comme consubstantielle à la qualité d'état, les éléments de technique économique ne sont pas en eux même, ni de nature constitutionnelle, ni présents dans toutes les constitutions étatiques.* » (MICHEL V., « L'Union économique et monétaire ; approfondissement de la constitution économique communautaire », précité, p. 209, nous soulignons). La constitution économique ayant un rôle en termes de valeurs, des éléments aussi précis n'ont pas leur place (voir, GEORGOPOULOS T., « Sur le concept de "constitution économique" de l'Union européenne » in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 3-32).

2) Les règles de valeur législative

Il s'agit des règles dont l'article 129 TFUE autorise la modification par le biais de la procédure législative ordinaire. Cela concerne, tout ou partie, de dix articles sur les cinquante qui composent le protocole. C'est évidemment trop peu. C'est d'ailleurs, peut être, le protocole qui est trop long. Certaines de ses dispositions ne font que reprendre, quasiment mot pour mot, des articles du traité. Il faudrait épurer le protocole de ces articles redondants. Les articles, modifiables par le biais de cette procédure, sont relatifs à la collecte d'informations statistiques par la BCE⁵⁵⁵, aux opérations que le SEBC peut mener pour la mise en œuvre de sa politique monétaire en lien avec les marchés de capitaux⁵⁵⁶, certaines dispositions relatives aux comptes de la BCE⁵⁵⁷ et au personnel de la BCE⁵⁵⁸. Deux matières sont partagées entre dispositions de valeur constitutionnelle et législative : la répartition du revenu monétaire des BCN⁵⁵⁹ et la répartition des bénéfices et pertes de la BCE⁵⁶⁰. Autant de sophistications laissent sceptiques. Elles se justifient évidemment par des raisons pragmatiques : le principe de la répartition par la BCE du fruit de son activité quotidienne aux États membres a été gravé dans le traité. Les modalités de cette répartition peuvent avoir un statut législatif.

Ces articles peuvent être modifiés par le biais de la « *procédure législative ordinaire* », prévue à l'article 294 TFUE. Sans détailler l'ensemble de la procédure, il importe d'en rappeler les traits saillants. L'initiative appartient à la Commission qui, dans ce domaine, la partage avec la BCE. L'institution qui n'a pas été à l'initiative devra alors être consultée. La première lecture du texte est faite par le Parlement, puis le Conseil. Si au terme de la première, ou de la deuxième lecture, le Parlement et le Conseil votent un texte identique, il sera adopté. Dans le cas inverse, un comité de conciliation devra se réunir. Si ce dernier ne parvient pas à un accord, ou si le texte qu'il rédige n'est pas voté par le Conseil, le texte sera rejeté ; si ce texte est voté par les deux co-législateurs : il sera adopté⁵⁶¹.

Le traité qualifie cette procédure de « *procédure législative ordinaire* ». Il s'agit là encore d'un reliquat mal géré du TECE. Ce dernier modifiait complètement la nomenclature des actes communautaires en qualifiant le règlement de « *loi européenne* » et la directive de « *loi-cadre européenne* »⁵⁶². Le traité de Lisbonne maintient les notions de règlement et de directive⁵⁶³,

⁵⁵⁵ Art. 5 des Statuts.

⁵⁵⁶ Art. 17, 18, 19.1, 22, 23, 24 des Statuts.

⁵⁵⁷ Art. 26. Il est paradoxal que cet article qui établit que la BCE, les BCN et le SEBC dans son ensemble doivent établir des comptes ainsi que le rôle du conseil des gouverneurs et du directoire dans cet exercice soit de valeur législative alors que le principe qu'ils doivent être contrôlés par des commissaires aux comptes extérieurs soit de valeur constitutionnelle.

⁵⁵⁸ Art. 36.

⁵⁵⁹ Art. 32.2, 32.3, 32.4 et 32.6.

⁵⁶⁰ Art. 33.1 a).

⁵⁶¹ Sur cette procédure voir BLUMANN C. & DUBOIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, pp. 343-347 et RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne 6^{ème} Ed.*, LGDJ, Paris, 2010, 1464p., pp.715-726

⁵⁶² Art. I-33 TECE.

tout en mettant en place une procédure législative ordinaire. Le travail de rédaction laisse, là encore, à désirer. L'article 289 paragraphe 1 TFUE précise que « *La procédure législative ordinaire consiste en l'adoption d'un règlement, d'une directive ou d'une décision conjointement par le Parlement européen et le Conseil, sur proposition de la Commission.* » L'article omet, en premier lieu, que l'initiative peut venir de la BCE. En second lieu, si l'on suit scrupuleusement la logique de cet article, l'acte amendement le protocole étant adopté selon la procédure législative ordinaire sera soit un règlement, soit une directive, soit une décision ; le plus probablement un règlement. Il aurait été utile que le traité soit plus scrupuleux et précise que l'amendement du traité par la procédure législative ordinaire se fait par un acte *sui generis*, ce qui sera sûrement le cas dans la pratique. Quoi qu'il en soit, l'article 289 paragraphe 3 est clair : « *Les actes juridiques adoptés par procédure législative constituent des actes législatifs* ». Ainsi, les articles du statut pouvant être amendés confirment l'analogie entre la BCE et les agences sur le fondement de statut constitutionnel de la BCE ; car la BCE a aussi une partie de son statut qui est législatif⁵⁶⁴. Il y a là une contradiction avec la consécration de la BCE comme institution. En tant qu'institution, une partie des principes régissant le fonctionnement institutionnel de l'Union s'applique à elle.

B. L'application du droit général des institutions de l'Union à la BCE

Le traité de Lisbonne ayant conféré à la BCE le statut d'institution, certains grands principes relatifs aux institutions s'appliquent à elle. Néanmoins, le traité de Lisbonne est venu élargir les sujets de certains pans de ce droit propre aux institutions aux « organes et organismes de l'Union ». Ainsi, certains principes qui avant ne valaient que pour les institutions, ont été étendus aux organes et organismes, venant faire perdre de la valeur au changement de qualification de la BCE (2). En revanche, certains principes continuent à ne concerner que les institutions (1).

1) L'application à la BCE des principes propres au droit des institutions

Les principes qui ne s'appliquent qu'aux institutions sont ceux : d' « équilibre institutionnel », de « coopération loyale » et de « compétence d'attribution ». Consacrés respectivement par la jurisprudence et par le traité, ils sont voués à gérer les rapports entre les institutions et à régler les différends qui pourraient survenir entre elles. Néanmoins, par nature, ces principes peuvent être élargis aux organes et organismes de l'Union, mais cet élargissement n'a pas formellement eu lieu. En réalité, le principe d'équilibre institutionnel recouvre les deux autres. Consacré par les arrêts Meroni de 1958⁵⁶⁵ et Köster de 1970⁵⁶⁶, il garantit que la

2

⁵⁶³ Art. 288 TFUE.

⁵⁶⁴ Surtout que l'existence des agences a aussi été constitutionnalisée, par la mention à des nombreux articles du TFUE des « organes et organismes de l'Union ». Ainsi, leurs actes peuvent faire l'objet d'un recours en annulation (article 264 TFUE), le droit d'accès aux documents de l'Union leur est étendu (article 15 TFUE).

⁵⁶⁵ CJCE, 13 juin 1958, Meroni et Cie c. Haute autorité de la CECA, aff. 9/56, Rec. 1958 p. 11. Cet arrêt pose le principe de l'interdiction de la délégation de compétences décisionnaires aux agences. De manière indirecte, l'équilibre institutionnel ici consacré s'applique aux agences.

pratique institutionnelle ne vienne pas dénaturer la structure qui résulte du traité et notamment l'attribution de compétences précises à chaque institution. Ce principe n'a reçu aucune consécration constitutionnelle. Mais les deux principes qu'il implique ont eux cette nature. Le traité de Lisbonne les consacre tous les deux à l'article 13 TUE. Il précise à son alinéa 2 que « *Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci. Les institutions pratiquent entre elles une coopération loyale.* ». L'entrée de la BCE dans le cercle des institutions induit alors l'application de ces principes à son encontre. Néanmoins, les conséquences matérielles d'une telle consécration sont minimales. La BCE jouit d'une indépendance empêchant un quelconque empiètement des autres institutions sur ses compétences, ce que garantissent aussi ces principes. De même, le dialogue monétaire entre la BCE et le Parlement européen ainsi que la participation de membres du Conseil et de la Commission aux réunions du Conseil des gouverneurs témoigne de la pratique ancienne de la coopération loyale par la BCE.

Néanmoins, la BCE est exclue d'une conséquence logique de ces principes : la pratique, aujourd'hui encadrée par le traité, des accords interinstitutionnels⁵⁶⁷. Né de la conclusion d'accords informels entre les institutions, notamment sous la forme de déclarations communes, leur existence a été consacrée par l'article 295 TFUE. Celui-ci précise que « *Le Parlement européen, le Conseil et la Commission procèdent à des consultations réciproques et organisent d'un commun accord les modalités de leur coopération. À cet effet, ils peuvent, dans le respect des traités, conclure des accords interinstitutionnels qui peuvent revêtir un caractère contraignant.* ». La BCE n'en fait pas partie. Or, ces accords trouvent leurs fondements dans les principes de coopération loyale et d'équilibre institutionnel⁵⁶⁸. Il est étrange d'empêcher la BCE de bénéficier de ces outils précieux pour la pratique quotidienne des rapports entre institutions. L'exclusion de la BCE d'une telle pratique démontre son statut d'institution de second rang. Sa consécration comme telle perd de sa portée. La BCE pourrait cependant signer tout de même des accords avec les autres institutions⁵⁶⁹, mais hors du cadre prévu à cet effet. Elle a d'ailleurs déjà signé un accord avec Europol, un autre organe de l'Union, dans le domaine de la lutte contre le faux monnayage⁵⁷⁰. D'autant que le traité de Lisbonne vient élargir d'autres principes, liés à la bonne gouvernance et la bonne administration, aux organes et organismes de l'Union, rendant inutile la consécration de la BCE comme institution, à laquelle ces principes se seraient appliqués dans tous les cas.

2

⁵⁶⁶ CJCE, 17 décembre 1970, Köster, aff. 25/70, Rec. p. 01161.

⁵⁶⁷ Sur ce thème voir BLUMANN C., « Institutions de l'Union européenne – Présentation générale », précité, §§ 33-39 et, du même auteur, « Accords interinstitutionnels », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 193.

⁵⁶⁸ BLUMANN C., « Accords interinstitutionnels », précité, §§ 11-12.

⁵⁶⁹ Le Parlement européen avait proposé la conclusion d'un tel accord afin d'instaurer le dialogue monétaire. Voir l'avis de la commission institutionnelle à l'intention de la commission économique, monétaire et de la politique industrielle (pt. 10 (i) et annexe I) annexé au *Rapport sur le contrôle démocratique dans la troisième phase de l'UEM*, Commission économique, monétaire et de la politique industrielle (Rapporteur C. Randzio-Plath), 23 mars 1998.

⁵⁷⁰ Accord entre l'Office européen de police (Europol) et la BCE du 13 décembre 2001, JO n° C 23 du 25.1.2002, pp. 9-11.

2) La dilution de certains principes applicables aux institutions et leur application à la BCE

Le traité de Lisbonne élargit le cercle des destinataires des principes de transparence et de démocratie, traditionnellement destinés uniquement aux institutions, venant ainsi rogner les spécificités de cette notion. Leur application à l'ensemble des institutions mais aussi aux organes et organismes est cohérente, dans la logique du traité de rapprocher l'Union des citoyens. Le principe de transparence est issu d'une démarche pragmatique du Parlement, du Conseil et de la Commission. Ils ont adopté le 25 octobre 1993 une déclaration interinstitutionnelle sur le thème « *démocratie, transparence et subsidiarité* »⁵⁷¹. Cependant, l'exigence de transparence a toujours été, de manière indirecte, présente dans le traité par le biais des articles 253 et 254 TCE (devenus 296 et 297 TFUE) relatifs à la motivation et à la publicité des actes juridiques. L'article 297 alinéa 1 s'applique à l'ensemble des institutions. Il impose : « *Lorsque les traités ne prévoient pas le type d'acte à adopter, les institutions le choisissent au cas par cas, dans le respect des procédures applicables et du principe de proportionnalité* ». Pourtant, certains actes (recommandations, avis et décisions) de la BCE échappent à l'obligation de publication⁵⁷².

Inversement, les dispositions générales relatives au principe de transparence contenues dans le traité de Lisbonne s'appliquent non seulement aux institutions, mais aussi aux organes et organismes de l'Union. Ainsi, l'article 15 TFUE précise à son premier paragraphe que : « *Afin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture* ». Il reprend, en partie l'article 1 du TUE version de Nice, qui avait constitutionnalisé l'obligation de transparence. A son paragraphe 3, il reprend l'obligation d'accès aux documents pour les citoyens prévue à l'article 255 TCE mais en l'élargissant à l'ensemble des institutions, organes et organismes de l'Union. Mais, l'alinéa 4 de ce paragraphe vient limiter l'accès aux documents de la BCE au cas où elle exerce des fonctions administratives⁵⁷³. Une telle formulation porte à confusion, notamment sur la notion d'activité administrative⁵⁷⁴. Pour la Cour de justice, soumise à ce même régime, on identifie facilement

⁵⁷¹ Elle a été complétée par un Code de conduite de la Commission du 3 décembre 1993 sur l'accès du public aux documents. Voir BLUMANN C., « Institutions de l'Union européenne », précité, § 49.

⁵⁷² L'article 132 §2 TFUE précise que « La Banque centrale européenne peut publier ses décisions, recommandations et avis ».

⁵⁷³ Art. 15 §3 al. 4 : « *La Cour de justice de l'Union européenne, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement ne sont soumises au présent paragraphe que lorsqu'elles exercent des fonctions administratives* ». Pour le moment, il n'y a quasiment pas d'éléments permettant de cerner cette notion. La Commission a fait une proposition de modification du règlement 1049/2001 (Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, du 23 mars 2011, COM 2011/0137/Final). Elle propose d'élargir son champ d'application à l'ensemble des institutions et organismes de l'Union. Elle rappelle l'exception pour la BCE, la Cour et la BEI qui ne seront soumises que dans « l'exercice de leurs fonctions administratives » mais sans définir cette notion.

⁵⁷⁴ Il est délicat de chercher à la définir en référence à la jurisprudence de la Cour de justice. Cette dernière est particulièrement ambivalente en la matière : une interprétation extensive prévaut pour les activités administratives en lien avec le processus législatif et une interprétation restrictive pour celles liées aux activités

d'enquête. Dans un arrêt de la CJCE, 1er juill. 2008, aff. C-39 et 52/05, Suède c. Conseil (Rec. 2008, I, p. 4723), la Cour s'est penchée sur la portée de l'article 4 du Règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission (JO n° L 145 du 31.5.2001, pp. 43-48). Ce dernier formule une exception au droit d'accès aux documents si cela portait atteinte à un « intérêt public » et notamment à « la sécurité publique » ou « la politique financière, monétaire ou économique de la Communauté ou d'un État membre ». La Cour a eu une interprétation restrictive de cette exception au paragraphe 67 de l'arrêt précité : « En tout état de cause, dans la mesure où cette divulgation serait susceptible de porter atteinte à l'intérêt à la protection de l'indépendance du service juridique du Conseil, ce risque devrait être pondéré par les intérêts publics supérieurs qui sous-tendent le règlement n° 1049/2001. Constitue un tel intérêt public supérieur (...), le fait que la divulgation des documents contenant l'avis du service juridique d'une institution sur des questions juridiques surgissant lors du débat sur des initiatives législatives est de nature à augmenter la transparence et l'ouverture du processus législatif et à renforcer le droit démocratique des citoyens européens de contrôler les informations qui ont constitué le fondement d'un acte législatif, tel que visé, en particulier, aux deuxième et sixième considérants dudit règlement ». Il est possible qu'elle étende cette interprétation à l'exception posée par l'article 15 du TFUE. Mais cela ne semble concerner que les activités administratives relatives à une procédure législative. Or, la Cour a toujours estimé que le droit d'accès aux documents doit être plus large en matière législative qu'en matière administrative. Elle a ainsi précisé que « l'activité administrative de la Commission n'exige pas un accès aux documents aussi étendu que celui concernant l'activité législative d'une institution de l'Union » (CJCE, 21 juillet 2011, Suède / My travel Company c. Commission, aff. C-506/08 P, non encore publiée au Recueil, §87). Elle fait notamment référence à l'arrêt du 29 juin 2010 Commission c. Technische Glaswerke Ilmenau (C-139/07, Rec. 2010, p. I-05885). Dans cette affaire, relative aux aides d'État, la Cour est allée jusqu'à estimer qu'« il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que, aux fins de l'interprétation de l'exception prévue à l'article 4, paragraphe 2, troisième tiret, du règlement n° 1049/2001, le Tribunal aurait dû, dans l'arrêt attaqué, tenir compte de la circonstance que les intéressés autres que l'État membre concerné dans les procédures de contrôle des aides d'État ne disposent pas du droit de consulter les documents du dossier administratif de la Commission et, dès lors, reconnaître l'existence d'une **présomption générale selon laquelle la divulgation des documents du dossier administratif porterait, en principe, atteinte à la protection des objectifs des activités d'enquête.** » (§ 61, nous soulignons). Difficile de dire quelle ligne jurisprudentielle sera suivie pour les activités administratives de la BCE.

La BCE avait adopté, avant le traité de Lisbonne des règles relatives à l'accès à ses documents. Ainsi, la décision de la Banque centrale européenne, du 4 mars 2004 relative à l'accès du public aux documents de la Banque centrale européenne (2004/258/CE) (BCE/2004/3), JO n° L 80 du 18.3.2004, pp. 42-44, contient à son article 4 une série d'exceptions relatives notamment à l'intérêt public. Ce dernier est défini plus amplement, et précisément, que dans le règlement 1049/2001. Il recouvre notamment « la confidentialité des délibérations des organes de décision de la BCE », « la politique financière, monétaire ou économique de la Communauté ou d'un État membres », « la situation financière de la BCE ou des BCE » et « les relations financières, monétaires ou économiques internationales ». Cet article couvre aussi : « L'accès à un document contenant des avis destinés à l'utilisation interne dans le cadre de délibérations et de consultations préliminaires au sein de la BCE ou avec les BCN (...) même après que la décision a été prise, à moins qu'un intérêt public supérieur ne justifie la divulgation du document visé ». Cette décision a, pour le moment, fait l'objet d'un arrêt en matière de fonction publique dont la portée est limitée (TFP, 24 juin 2008, Andres c. BCE, aff. F-15/05, non publiée). En revanche, deux affaires précisent les conditions dans lesquelles l'accès aux documents de la BCE peut se faire. Dans l'affaire Athanasios Pitisiouras c. Conseil et BCE (TPI, 27 novembre 2007, aff. jtes. T-3/00 et T-337/04, Rec. 2007 p. II-4779) le Tribunal estime que la politique monétaire constitue un « motif légitime de limitation du droit d'accès aux documents » (§231) mais sanctionne la BCE en l'espèce pour défaut de motivation (§269-279). Ensuite, l'affaire Dufour c. BCE (Tribunal, 26 octobre 2011, aff. T-436/09, non publiée) concerne le refus de la BCE de communiquer des données relatives à son personnel à M. Dufour, qui prépare une thèse de doctorat ! L'affaire ne traite pas des exceptions que la Banque centrale peut opposer à une demande. M. Dufour souhaitait avoir accès à une base de donnée et l'arrêt se concentre sur la définition de cette notion. Le Tribunal, après avoir donné une définition de la notion de base de donnée (§87) et précisé que le nature du stockage était indifférente (§90), estime qu'une base de donnée est un document au sens de la décision 2004/258 précité (§118). L'affaire Thesing et Bloomberg Finance c. BCE (aff. T-590/10), lorsque sera tranchée, fournira des informations précieuses. Les sociétés requérantes cherchent à avoir accès à des notes internes de la BCE ; relatives notamment à « L'incidence des échanges hors marché sur le déficit et la dette publics. Le cas de la Grèce ». Il sera intéressant de savoir si ce qui apparaît, *a priori*, comme un document de travail de la BCE mais relatif à un sujet sensible sera considéré, ou non, comme pouvant être transmis. Même si le refus est basé sur l'article 4 de la décision de 2004, on peut espérer que la Cour en profite pour nous éclairer sur la notion de fonction

cette fonction en opposition à ses activités juridictionnelles. En revanche, pour la BCE il serait logique que ce soit ses activités liées à la politique monétaire. Cela pose deux problèmes. Tout d'abord, la majorité de ses activités portent sur ce domaine, rendant inefficace l'obligation de transparence. Ensuite, si cette activité est politique, pourquoi ne pas la soumettre à l'obligation de transparence au même titre que les activités politiques du Conseil, de la Commission et du Parlement. Cela souligne l'ambivalence de la BCE : une institution technique exerçant une fonction politique.

Il est alors d'autant plus logique que s'applique à la BCE le principe de démocratie⁵⁷⁵. Celui-ci est consacré au Titre II de la Première partie du TUE. Il pose certaines exigences relatives à la pratique démocratique au sein de l'Union. La partie de ce titre relative aux citoyens et à leur égalité s'applique aux institutions mais aussi aux organes et organismes de l'Union. En revanche, l'article 11 TUE n'impose qu'aux institutions, et donc à la BCE, de consulter les citoyens et les associations représentatives⁵⁷⁶. La pertinence, voire la faisabilité, de telles consultations par la BCE est douteuse. Sa principale tâche est de définir et mettre en œuvre la politique monétaire. L'accomplissement de cette tâche est le fruit d'un processus complexe fondé sur une analyse détaillée de statistiques économiques. Il semble donc délicat de faire rentrer le citoyen dans ce processus. D'autant que cela relève certainement des activités administratives de la BCE. Le citoyen aura alors droit de donner son avis, article 11 TUE, mais pas de savoir s'il a été entendu, l'article 15 TFUE l'empêchant d'avoir accès aux documents dans ce domaine là. On le voit, le statut d'institution donné à la BCE est sans cesse porteur d'ambivalence de ce type. D'autant que le traité prévoit de nombreux cas où les activités de la BCE sont soumises à une action normative préalable du Conseil, ou du Conseil et du Parlement. Une telle soumission de la BCE par le biais du droit dérivé vient, davantage, semer le doute sur sa nature d'institution.

§.2 - L'encadrement par le droit dérivé

La BCE ne peut être comparée aux institutions du triangle institutionnel, le Parlement, le Conseil et la Commission. Non seulement elle ne dispose pas d'un pouvoir général mais sectoriel. Mais surtout, dans certains domaines, elle en est dépendante. Pour le C. Blumann, il faut faire une distinction entre « *institutions généralistes et institutions spécialisées* »⁵⁷⁷. Seules les premières détiennent « *la fonction de "pouvoir public" de l'Union* »⁵⁷⁸. Ce sont,

2

administrative. Sur l'accès aux documents de la BCE voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 196-200 et MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosystème – Pouvoirs », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 244, §25.

⁵⁷⁵ Nous reprenons la formule de BLUMANN C., « Institutions de l'Union européenne », précité, §§ 53-54.

⁵⁷⁶ Art. 11 TFUE : « 1. Les institutions donnent, par les voies appropriées, aux citoyens et aux associations représentatives la possibilité de faire connaître et d'échanger publiquement leurs opinions dans tous les domaines d'action de l'Union. 2. Les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les associations représentatives et la société civile. »

⁵⁷⁷ BLUMANN C., « Institutions de l'Union européenne », précité, § 12.

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

selon V. Michel, les « *institutions politiques* »⁵⁷⁹. La BCE, en tant qu'institution spécialisée, sera alors soumise au « pouvoir public » exercé par les institutions généralistes au moyen du droit dérivé et cela de deux manières. Tout d'abord, ce pouvoir public va encadrer le fonctionnement de la BCE, cette dernière est soumise à des règles définies par le Conseil, avec ou sans le Parlement, encadrant l'exercice de ses prérogatives (A). Ensuite, dans son domaine de spécialité : la monnaie, la BCE sera soumise aux prérogatives générales que détient le Conseil qui pose les règles de base relatives à la monnaie unique, sur lesquelles l'action de la BCE va se fonder (B).

A. *L'encadrement fonctionnel*

Cet encadrement fonctionnel est délicat. La BCE est certes une institution spécialisée, mais c'est aussi une institution indépendante. Les États membres, comme les autres institutions, ont interdiction d'interférer dans l'exercice de ses prérogatives⁵⁸⁰. Il convient alors de dégager les règles permettant l'équilibre entre ces deux exigences. Une première possibilité est réglée par le traité lui-même qui impose, dans certains cas, au Conseil de venir légiférer pour encadrer l'action de la BCE (2). Mais, en dehors de ces cas, la BCE n'est pas totalement indépendante, comme l'arrêt OLAF est venu le préciser. Il est possible de dégager de cet arrêt des règles permettant de délimiter les cas où le droit dérivé peut encadrer l'action de la BCE, sans porter atteinte à son indépendance (1).

1) Le droit dérivé « général » applicable à l'Eurosystème et à la BCE

La possibilité pour un acte du Conseil, ou du Conseil et du Parlement, de s'appliquer à la BCE constitue le fond de l'arrêt OLAF⁵⁸¹. La BCE estimait impossible d'être soumise à de tels actes. La Commission estimait au contraire que l'indépendance de la BCE ne l'empêchait pas de se voir imposer des obligations par le droit dérivé. La Cour a tranché en faveur de cette dernière. Déjà évoqué ici à propos de la place de la BCE dans le système institutionnel, l'arrêt détermine quel type de droit dérivé peut lui être applicable sans heurter son indépendance. La Cour estime que « *rien ne permet d'exclure a priori que le législateur communautaire puisse, au titre des compétences dont il dispose en vertu du traité CE et dans les conditions prévues par ce dernier, adopter des mesures normatives susceptibles de s'appliquer à l'égard de la BCE* »⁵⁸². Il ne semble cependant pas que cette action soit sans limites.

La Cour précise que le règlement 1073/1999 peut s'appliquer à la BCE car elle n'a pas prouvé qu'il « *serait de nature à affecter sa capacité de poursuivre de manière indépendante les missions spécifiques dont elle se trouve investie par le traité CE* »⁵⁸³. Cela semble être le critère déterminant : un acte de droit dérivé s'applique à la BCE dans la mesure où il n'interfère pas dans ses missions propres en tant qu'institution spécialisée mais ne fait

⁵⁷⁹ MICHEL V., « Le triangle institutionnel », *Gazette du Palais*, 2008, pp. 1538-1544, ici p. 1538

⁵⁸⁰ Art. 130 TFUE.

⁵⁸¹ CJCE 10 juillet 2003, Commission c. BCE, précité.

⁵⁸² *Idem*, § 136.

⁵⁸³ *Idem*, § 137.

qu'encadrer son activité. C. Zilioli et M. Selmayr se sont livrés à une étude assez exhaustive des différentes possibilités⁵⁸⁴. La première qu'ils envisagent est le cas où le traité permet une intervention normative des institutions généralistes dans le domaine d'action de la BCE, ces dispositions seront traitées au paragraphe suivant.

Le second cas est celui où le traité permet juste une action normative des institutions généralistes dans un domaine touchant l'ensemble des institutions, organes et organismes de l'Union. Suivant la logique de l'arrêt OLAF, C. Zilioli et M. Selmayr dégagent deux critères. Le premier, assez évident mais fondamental, est que l'acte soit légal, notamment au niveau de sa base juridique. Ils prennent l'exemple d'une intervention du Conseil et du Parlement dans la détermination des taux d'intérêts ; une telle décision ne serait être légale car ils ne disposent pas d'une base juridique pour intervenir dans ce domaine. La seconde position dérive du paragraphe 137 de l'arrêt OLAF précité. Une telle mesure ne peut pas venir interférer dans la conduite par la BCE de ses missions propres⁵⁸⁵.

Enfin, il faut rajouter une troisième condition : l'absence de régime spécifique de la BCE dans le domaine concerné. Ils offrent quelques exemples, assez pertinents, de ce type de mesure. Tout d'abord, évidemment, la lutte contre la fraude par le biais de l'OLAF entre dans cette catégorie. Ensuite, ils citent les règles relatives à la protection des données personnelles posées par une directive du Parlement et du Conseil sur le fondement de l'article 286 TCE⁵⁸⁶. La pertinence de cet exemple a été confortée par le traité de Lisbonne qui autorise, à son article 16 TFUE, le Parlement et le Conseil à adopter des règles relatives à la protection des données personnelles détenues par les « *institutions, organes et organismes de l'Union* ». Ils citent ensuite le régime linguistique des institutions adopté par le Conseil sur le fondement de l'article 342 TFUE⁵⁸⁷.

Le domaine du droit de la fonction publique est plus problématique. Le traité semble donner au Conseil et au Parlement une compétence générale dans ce domaine⁵⁸⁸, qu'ils ont exercée par le biais d'un règlement⁵⁸⁹. Or, le personnel de la BCE jouit d'un statut à part. Le protocole

⁵⁸⁴ ZILIOLO C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, pp. 17-28.

⁵⁸⁵ « *Even though Article 108 EC, by prohibiting that instructions are given to the ECB, does not prevent the Community legislature to adopt general rules capable of applying to the ECB (provided that there is a legal basis for such rules), it nevertheless excludes that such general rules could undermine or circumvent the prohibition of instructions* », *idem*, p. 20.

⁵⁸⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31-50.

⁵⁸⁷ Voir le Règlement n° 1 portant fixation des modalités d'exécution des communications prescrites par l'article 41 du Traité JO 25 du 27.11.1958, p. 511-515 modifié par

⁵⁸⁸ Voir l'article 336 TFUE : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, arrêtent, après consultation des autres institutions intéressées, le statut des fonctionnaires de l'Union européenne et le régime applicable aux autres agents de l'Union.* »

⁵⁸⁹ Il s'agit du même règlement depuis l'origine, le règlement CEE/CEEA Conseil: règlement n° 31 (CEE), 11 (CEEA), fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique JO 45 du 14.6.1962, p. 1442. Ce règlement a été amendé pas moins de 112 fois, nous ne citerons pas l'ensemble des actes modificatifs. Une

précise à son article 11 paragraphe 3 – pour les membres du directoire – et à son article 36 – pour le personnel de la BCE – qu'ils seront soumis un régime spécifique, adopté par le conseil des gouverneurs. En revanche, les privilèges et immunités du personnel de la BCE relèvent des règles générales en la matière, sous réserve des dispositions du statut⁵⁹⁰. Ainsi, le droit dérivé pris en application de ce protocole s'applique au personnel de la BCE⁵⁹¹. Dans le même ordre d'idée, la BCE adopte ses propres règles relatives aux marchés publics⁵⁹². Elle n'est pas soumise aux règles adoptées par les autres institutions dans ce domaine. Une telle exception peut sembler surprenante car il n'y a pas de base légale précise autorisant la BCE à adopter ses propres règles en matière de marché public. La décision de la BCE se fonde sur l'article 11.6 des statuts qui précise juste que « *Le directoire est responsable de la gestion courante de la BCE* ». Le cas des fonctionnaires et celui des marchés publics montrent bien que la BCE n'est pas une institution comme une autre. Il faut, pour pouvoir lui appliquer certains actes de droit dérivé, remplir certaines conditions. La première d'entre-elles est que le traité ne prévoit pas un régime spécifique dans ce domaine pour la BCE. Le principe d'indépendance de la BCE jouit à plein et lui permet de s'exonérer de l'application de certaines règles. En revanche, ce principe s'efface dans d'autres domaines où le traité autorise expressément l'intervention du pouvoir législatif pour encadrer l'action de la BCE.

2) Le droit dérivé « spécial » encadrant les pouvoirs de l'Eurosystème et de la BCE

En vertu du principe d'indépendance de la BCE, le droit dérivé ne peut intervenir dans le domaine d'action de cette institution spécialisée que dans les cas définis par le traité et le statut. Le traité le prévoit à l'article 129 paragraphe 4 TFUE permettant au Conseil d'arrêter des dispositions sur certains points précis énumérés par le statut, repris par l'article 41 des statuts relatif à la « législation complémentaire ». La procédure n'est que peu détaillée. L'initiative peut émaner de la Commission ou de la BCE, l'institution qui n'a pas été à l'origine de l'acte devra ensuite donner son avis, ainsi que le Parlement. Enfin le Conseil devra voter. Il n'est précisé ni dans l'article 129, ni dans l'article 41 si le Conseil vote à la majorité ou à l'unanimité. Il faut se reporter à l'article 16 paragraphe 3 TUE qui précise que « *Le Conseil statue à la majorité qualifiée, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement.* ». Il peut intervenir dans deux domaines, ceux relatifs aux modalités de

2

version consolidée du texte se trouve à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1962R0031:20080501:FR:PDF>

⁵⁹⁰ Elles sont posées par le Protocole 7 annexé au Traité de Lisbonne. Son article 22 précise que « *Le présent protocole s'applique également à la Banque centrale européenne, aux membres de ses organes et à son personnel, sans préjudice des dispositions du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne* ».

⁵⁹¹ Voir le règlement 1198/98/CE CECA, Euratom du Conseil du 5 juin 1998 modifiant le règlement n° 549/69/CE, CECA, Euratom déterminant les catégories des fonctionnaires et agents des Communautés européennes auxquelles s'appliquent les dispositions des articles 12, 13 deuxième alinéa et 14 du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés JO n° L 166 du 11.6.1998, p. 3, qui étend aux personnels de la BCE les règles posées par le règlement 549/69.

⁵⁹² Décision de la BCE du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), JO n° L 184 du 14.7.2007, p. 34-48.

fonctionnement de l'Eurosystème et ceux aménageant certains points du droit monétaire, qui seront abordés dans la paragraphe suivant. En ce qui concerne l'encadrement fonctionnel, il porte sur deux domaines : les modalités avec lesquelles la BCE est consultée par les autorités nationales – article 4 a) des Statuts – et les conditions dans lesquelles la BCE peut infliger des amendes et des astreintes, article 34.3 des Statuts.

En vertu de cet article, le Conseil a adopté un règlement le 23 novembre 1998⁵⁹³. Le règlement est volontairement court. Il répond à la nécessité de « *garantir une conception uniforme en matière de sanction dans les divers domaines de compétence de la BCE* »⁵⁹⁴, qui doit être conciliée avec le fait que « *pour assurer l'efficacité du régime de gestion des sanctions, le présent règlement doit laisser une certaine autonomie à la BCE* »⁵⁹⁵. L'intervention du Conseil se fait légère. Il ne rentre pas dans les détails de la procédure de sanction⁵⁹⁶ mais pose les grands principes qui doivent la gouverner, encadrant ainsi le pouvoir de la BCE. Le règlement précise que la procédure de sanction peut être menée par la BCE ou une BCN ; en revanche, la sanction ne peut être imposée que par le directoire. Il vient garantir que l'entreprise concernée sera entendue par la BCE et pourra faire appel de la sanction devant le Conseil des gouverneurs.

Le règlement impose un maximum aux astreintes et sanctions que la BCE peut prononcer, respectivement 500 000 et 25 000 euros et précise que le montant sera apprécié en fonction de certains critères comme la gravité de l'infraction ou la taille économique de l'entreprise. Ainsi, le Conseil n'intervient pas sur la notion d'infraction qui peut provoquer une sanction, il précise juste qu'il s'agit du « *non-respect par une entreprise d'une obligation découlant d'un règlement ou d'une décision de la BCE* »⁵⁹⁷. La BCE est laissée libre de déterminer sur le fond la notion de sanction. Le Conseil ne vient qu'encadrer l'exercice de son pouvoir.

Dans le domaine statistique, il opère de la même manière. Un règlement de 1998 pose les règles de base pour la collecte de statistiques par la BCE et notamment : la « *population de référence soumise à déclaration* », les sanctions applicables, le régime de confidentialité, etc.⁵⁹⁸. L'article 5 confie à la BCE un pouvoir réglementaire en la matière, ce que le traité ne faisait pas. Il est ici délicat de dire à quel type d'opération le Conseil se livre. Il est pris sur le double fondement de l'article 107 paragraphe 6 du TCE (devenu 129 paragraphe 6 du TFUE) donnant compétence au Conseil pour adopter des règlements dans certaines matières monétaires et l'article 5 paragraphe 4 des Statuts selon lequel : « *Le Conseil définit (...) les*

⁵⁹³ Règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, JO n° L 318 du 27.11.1998, pp. 4-7. Sur les détails de la procédure voir, MARTIN FERNANDEZ J.M. & TEXEIRA P.G., « The imposition of regulatory sanctions by the European Central Bank », *ELR*, 2000, n° 25, p. 391-407.

⁵⁹⁴ *Idem*, considérant 4.

⁵⁹⁵ *Idem*, considérant 5.

⁵⁹⁶ Nous reviendrons en détail sur cette procédure dans la seconde partie.

⁵⁹⁷ Règlement 2532/98/CE, du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité, art. 1 §4.

⁵⁹⁸ Règlement 2533/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne, JO n° L 318 du 27.11.1998, pp. 8-19, respectivement art. 2, 7 et 8.

personnes physiques et morales soumises aux obligations de déclaration, le régime de confidentialité et les dispositions adéquates d'exécution et de sanction ». Aucune de ces bases juridiques n'évoque la délégation d'une compétence réglementaire. Or, celle-ci est encadrée par l'article 202 TCE selon lequel, le Conseil « *confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit* » et par l'arrêt Méroni n'autorisant que la délégation d'une compétence d'exécution qui ne viendrait pas opérer une « *déplacement de la responsabilité* »⁵⁹⁹. Ainsi, pour que cette délégation soit valable, il faut que le règlement du Conseil encadre suffisamment le pouvoir de la BCE. Dans la pratique, elle ne fait qu'apporter des précisions techniques et détailler les dispositions du Conseil, venant confirmer la légalité d'une telle opération⁶⁰⁰. Il n'en reste pas moins que le Conseil a délégué un pouvoir à la BCE en l'absence de toute disposition expresse des traités, qui limitent pourtant à certains domaines le pouvoir réglementaire de la Banque centrale. Or, les statistiques ne font pas partie de la compétence réglementaire qui lui est attribuée par le traité. Le Conseil avait aussi la responsabilité de définir : « *la base des réserves obligatoires et les rapports maxima autorisés entre ces réserves et leur base, ainsi que les sanctions appropriées en cas de non-respect* »⁶⁰¹. Le Conseil a adopté ce texte en 1998⁶⁰². Le règlement précise à son article 5 paragraphe 1 que le taux de réserve ne pourra dépasser 10%. A son article 5, il habilite la BCE à adopter des règlements dans ce domaine. La portée d'une telle habilitation est discutable. La BCE dispose déjà d'un tel pouvoir d'après l'article 34 paragraphe 1 des Statuts. Est-ce alors à dire que le Conseil délègue le pouvoir que lui confère l'article 20 ? Une telle solution est douteuse, notamment eu égard à la doctrine Meroni. Une telle rédaction laisse à désirer. Les articles 7 et 8 donnent à la BCE le pouvoir d'imposer respectivement des obligations de déclarations statistiques et des sanctions.

Le Conseil intervient de la même manière pour les modalités de consultation de la BCE, fixées par une décision du Conseil de 1998⁶⁰³. Celle-ci précise les cas dans lesquels la BCE

⁵⁹⁹ « *les conséquences résultant d'une délégation de pouvoirs sont très différentes suivant qu'elle vise des pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante, ou un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique attendu qu'une délégation du premier type n'est pas susceptible de modifier sensiblement les conséquences qu'entraîne l'exercice des pouvoirs qu'elle affecte, alors qu'une délégation du second type, en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opère un véritable déplacement de responsabilité* », CJCE, 13 juin 1958, Meroni c. Haute Autorité, précité.

⁶⁰⁰ Cette légalité reste tout de même en suspens. Pour K. Lenaerts, seul le traité peut déléguer un pouvoir à un autorité qui ne figure pas de ce cadre institutionnel, ce qui était le cas de la BCE au moment de l'adoption de ce règlement. « *To the extent that it appeared appropriate, in a given policy context, to create an internal body outside the Community institutional structure laid down in Article 4 EEC, to take the necessary "political" decisions in complete independence, it would be for the constitution itself to create such body* », LENAERTS K., « *Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community* », *ELR*, 1993 Vol. 18 n°1, p. 23-49 ici p. 42.

⁶⁰¹ Art. 19 §2 des Statuts.

⁶⁰² Règlement 2531/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne, JO L 318 du 27.11.1998, p. 1-3.

⁶⁰³ Décision du Conseil du 29 juin 1998 relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation (98/415/CE), JO n° L 189 du 3.7.1998, pp. 42-43. Nous reviendrons sur les obligations de consultation de la BCE dans le Chapitre 2 du Second titre de cette partie.

doit être consultée, à savoir le type d'acte – des actes obligatoires de portée générale⁶⁰⁴ – et la matière sur laquelle ils portent⁶⁰⁵. La décision énumère certaines matières se rapprochant des missions du SEBC telles que définies par l'article 127 TFUE. Le Conseil autorise les autorités nationales à donner à la BCE un délai pour sa réponse et précise qu'il ne peut être inférieur à un mois et que la BCE peut demander un délai supplémentaire de quatre semaines maximum. Le Conseil cherche à encadrer le pouvoir de la BCE mais sans l'étouffer. Il ne pose pas de règle de fond, mais juste des règles de procédure afin d'assurer le fonctionnement efficace, et équitable, des mécanismes mis en place par le traité. En revanche, parfois, le traité l'autorise directement à intervenir sur le fond de la matière monétaire. Mais là encore l'intervention du Conseil reste légère, tout en étant fondamentale. Il ne fait que poser les normes de bases dans lesquelles l'action de la BCE va se faire.

B. L'encadrement normatif : la détermination des normes fondamentales du droit monétaire européen

L'action normative de la BCE s'inscrit dans l'ordre juridique de l'Union, qui vient l'encadrer. Elle n'est pas l'instance législative de l'Union ; le législateur communautaire⁶⁰⁶ dispose des compétences dans le domaine monétaire, en raison de son importance (1). Le droit produit par l'Eurosystème doit aussi être cohérent avec les autres normes adoptées dans l'Union. Dans ce souci de cohérence, l'Eurosystème emprunte parfois des références à certains pans du droit de l'Union ; c'est notamment le cas de la notion de contrepartie calquée sur le droit bancaire européen (2).

1) L'adoption des normes monétaires de base par le Conseil

Le changement d'une monnaie est une étape trop importante pour être confiée à une institution technique comme la BCE. Il fallait une intervention du Conseil pour procéder au passage à l'euro. Le traité a conféré cette compétence au Conseil par l'article 121 paragraphe 4 TCE. Il peut ainsi arrêter les taux de conversion des monnaies nationales et prendre « *les mesures nécessaires à l'introduction de l'Ecu en tant que monnaie unique des États membres* ». Cette base juridique a été modifiée par le traité de Lisbonne, qui en a profité pour changer le nom de la monnaie en euro⁶⁰⁷. Il échoit, à présent, au Conseil et au Parlement, selon la procédure législative ordinaire, d'établir « *les mesures nécessaires à l'usage de l'euro en tant que monnaie unique* », après consultation de la BCE et « *sans préjudice* » de ses attributions⁶⁰⁸. Il appartient toujours au Conseil seul, selon l'article 140 §3, de fixer le taux de

⁶⁰⁴ *Idem*, art. 1.

⁶⁰⁵ *Idem*, art. 2.

⁶⁰⁶ Sur cette notion, précédemment au traité de Lisbonne voir BLUMANN C., *La fonction législative communautaire*, LGDJ, Paris, 1995, 175 p.. Pour une analyse plus récente voir, GUILLOUD L., *La loi dans l'Union européenne – Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, LGDJ, Paris, 2010, 589 p.

⁶⁰⁷ la dénomination officielle a été changée par le Conseil européen de Madrid des 15 et 16 décembre 1995 (sur les problèmes juridiques posés par ce changement de dénomination voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 232-233).

⁶⁰⁸ Art. 133 TFUE.

conversion des monnaies entrant dans la zone euro. Les textes de base régissant l'euro ont été adoptés par le Conseil, sous l'empire de l'article 121 TCE. Sans entrer dans les détails du droit monétaire, l'étude de ces normes nous montre que ce pouvoir est partagé entre le Conseil – associé dorénavant au Parlement – et la BCE, mais qui joue dans ce domaine un rôle mineur. Le Conseil a adopté deux règlements fondamentaux⁶⁰⁹ que J.-V. Louis qualifie de « *règlements de base* »⁶¹⁰. Le premier règlement avait pour but de fixer les modalités techniques de conversion d'une monnaie nationale à l'euro et de préciser la continuité des instruments juridiques libellés en monnaie nationale. Le second est fondamental car c'est lui qui précise que « *À compter du 1er janvier 1999, la monnaie des États membres participants est l'euro* »⁶¹¹. Il vient préciser le premier règlement quant aux modalités de conversion et à la continuité des instruments juridiques.

Pour les spécifications techniques relatives à la monnaie fiduciaire, le Conseil ne dispose pas d'une compétence générale. Au contraire, il la partage avec l'Eurosystème. La BCE et les BCN étant chargées de l'émission des billets en euro, c'est à elles qu'est revenu la charge de préciser les détails techniques relatifs aux billets en euro⁶¹². En revanche, pour les pièces dont l'émission revient aux États membres, c'est le Conseil qui a légiféré sur la base de l'article 128 paragraphe 2 TFUE. Nous avons là une parfaite illustration des cas dans lesquels la compétence du Conseil peut s'exercer en matière monétaire et de ses limites puisqu'il ne peut que spécifier les détails techniques des pièces dont le volume émis sera déterminé par le système. La compétence revient à l'Eurosystème, sauf spécification expresse du traité ; comme c'est le cas avec l'article 128⁶¹³ qui donne compétence expresse au Conseil.

⁶⁰⁹ Règlement 1103/97/CE du Conseil du 17 juin 1997 fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro, JO n° L 162 du 19.6.1997, pp. 1-3 et le règlement 974/98/CE du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro, JO n° L 139 du 11.5.1998, pp. 1-5. Il faut noter que le premier règlement a été adopté sur la base de l'article 235 TCE de l'époque (devenu 308 TCE et aujourd'hui 253 TFUE). A l'époque, il était impossible d'utiliser l'article 121 TCE car aucun État membre n'était passé officiellement à l'Euro. Néanmoins, il fallait rassurer les marchés financiers sur les modalités de passage à l'Euro, le règlement a ainsi été pris sur cette base juridique, voir LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 231.

⁶¹⁰ *Idem*, p. 230.

⁶¹¹ Art. 2 du règlement 974/98/CE du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro, précité.

⁶¹² Décision de la BCE du 20 mars 2003, concernant les valeurs unitaires, les spécifications, la reproduction, l'échange et le retrait des billets en euro (2003/205/CE) (BCE/2003/4), JO n° L 78 du 25.3.2003 p. 16-18. Il faut noter que l'article 10 du règlement 974/98/CE du Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro (précité) ne mentionnait que la mise en circulation des billets en euro par la BCE et les BCN et non leur émission. Cette formulation est imposée par le traité qui confie l'émission à la BCE et aux BCN (voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 250-251). La décision du 20 mars 2003 de la BCE confirme, à son article 2, que les membres de l'Eurosystème sont bien responsables de cette tâche (voir KRAUSKOPF B., « How euro banknotes acquire the properties of money » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 243-256 plus précisément pp. 244-246).

⁶¹³ Art. 128 TFUE : « 1. La Banque centrale européenne est seule habilitée à autoriser l'émission de billets de banque en euros dans l'Union. La Banque centrale européenne et les banques centrales nationales peuvent émettre de tels billets. Les billets de banque émis par la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales sont les seuls à avoir cours légal dans l'Union.

2. Les États membres peuvent émettre des pièces en euros, sous réserve de l'approbation, par la Banque centrale européenne, du volume de l'émission. Le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la Banque centrale européenne, peut adopter des mesures pour harmoniser les valeurs

La compétence du Conseil s'est aussi exercée dans le domaine de la protection et de la lutte contre le faux monnayage. Il a adopté respectivement un règlement et une décision cadre en la matière⁶¹⁴. Le règlement du Conseil relatif à la protection de l'euro⁶¹⁵ met en place une procédure permettant d'identifier et de retirer de la circulation la fausse monnaie. La protection se fait prioritairement au niveau des États membres qui doivent mettre en place des structures spécialisées. La BCE joue un rôle crucial de centralisation des données relatives aux fausses pièces et aux faux billets. Enfin, le règlement impose à la BCE de coopérer avec la Commission et Europol dans ce domaine ; il invite la BCE à conclure un accord avec Europol, ce qui a été fait en 2002⁶¹⁶. En ce qui concerne la lutte contre le faux monnayage, le Conseil a adopté une décision-cadre dans l'environnement du troisième pilier : justice et affaires intérieures⁶¹⁷. Celle-ci vient préciser la Convention de Genève pour la répression du faux monnayage du 20 avril 1929 et impose aux États de définir des infractions pour réprimer le faux monnayage. Ainsi, une partie du droit monétaire échappe à la compétence de la BCE. Certaines règles par leur importance, règles de conversion ou de continuité, ou par leur nature, règle pénale, sont de la compétence du Conseil. Il va définir le cadre normatif dans lequel la BCE va agir. Il le fait aussi en définissant les interlocuteurs avec lesquels la BCE va interagir au quotidien.

2) Les pouvoirs du Conseil sur la détermination des contreparties et la nature de leurs obligations

La sujétion de l'Eurosystème au Conseil résulte ici d'un double phénomène. Les Statuts donnent au Conseil une compétence pour définir les règles générales relatives aux réserves obligatoires. Il n'est cependant pas compétent pour déterminer les sujets de ces réserves obligatoires. Cette compétence revient à la BCE. Or, dans un souci de cohérence, la BCE les a définies par référence à des textes adoptés par le Conseil. Il faut entendre par « contrepartie » les personnes morales qui détiennent un compte auprès de la BCE ou des BCN, qui sont soumises à la constitution de réserves obligatoires et avec lesquelles elles vont entrer en relation, notamment par le biais des opérations dites d'*open market* et de crédit⁶¹⁸. Le statut évoque les « établissements de crédit »⁶¹⁹ mais sans les définir. La définition a été donnée par

2

unitaires et les spécifications techniques de toutes les pièces destinées à la circulation, dans la mesure où cela est nécessaire pour assurer la bonne circulation de celles-ci dans l'Union. »

⁶¹⁴ Il ne nous appartient pas ici de détailler l'historique et le contenu de ces règles. Pour une analyse exhaustive, voir, LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie – Commentaire Mégret*, précité, pp. 263-273. Voir aussi, MARTUCCI F., « Union monétaire », précité, §§113-114.

⁶¹⁵ Règlement (CE) n° 1338/2001 du Conseil du 28 juin 2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage, JO n° L 181 du 4.7.2001, p. 6-10.

⁶¹⁶ Accord Europol-BCE, précité.

⁶¹⁷ Décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO n° L 140 du 14.6.2000, p. 1-3.

⁶¹⁸ Nous reviendrons plus amplement sur cette notion dans le premier chapitre du second titre de cette partie.

⁶¹⁹ Voir les articles 17 et 19 des Statuts.

la BCE dans un règlement du 12 septembre 2003⁶²⁰. Heureusement, la BCE ne donne pas une définition autonome de cette notion mais, au contraire, fait référence à celle d'établissement de crédit telle que définie par le Parlement et le Conseil dans une directive du 20 mars 2000⁶²¹. Ainsi, la BCE soumet sa définition des contreparties au droit dérivé. Elle est aussi soumise au droit dérivé dans l'étendue des obligations qu'elle peut leur imposer. Conformément à l'article 19 paragraphe 2 des Statuts, c'est au Conseil qu'il appartient de définir « *la base des réserves obligatoires et les rapports maxima autorisés entre ces réserves et leur base, ainsi que les sanctions appropriées en cas de non respect* ». Il l'a fait dans un règlement du 23 novembre 1998⁶²². En vertu de ce règlement, la BCE ne peut fixer le taux des réserves obligatoires qu'entre 0 et 10 % de l'assiette qu'il définit. Il octroie à la BCE le pouvoir de collecter des informations auprès des contreparties afin de calculer le montant de ces réserves et de vérifier l'exactitude de ces informations. Ainsi, la BCE est soumise au Conseil dans l'une de ses fonctions monétaires essentielles que sont les réserves obligatoires.

⁶²⁰ Règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), JO n° L 250 du 2.10.2003, p. 10-16, modifié par le règlement 1052/2008/CE de la BCE du 22 octobre 2008 modifiant le règlement 1745/2003/CE (BCE/2003/9) concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2008/10), JO n° L 282 du 25.10.2008, p. 14 et le règlement 1358/2011/CE de la BCE du 14 décembre 2011 modifiant le règlement 1745/2003/CE concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9) (BCE/2011/26) JO n° L 338 du 22.12.2011, p. 51.

⁶²¹ Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 126 du 26.5.2000, pp. 1-59. Cette directive a depuis été abrogée et remplacée par la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte), JO n° L 177 du 30.6.2006, pp. 1-200 ; voir infra. La définition est cependant issue de la directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 322 du 17.12.1977, p. 30-37.

⁶²² Règlement 2531/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne, précité.

Conclusion du Chapitre 1

Drôle d'institution que la BCE. Elle a mis du temps à acquérir cette qualification et il semble qu'elle ne la mérite pas. Exerçant dans un secteur sensible, rattachée à la souveraineté des États, la BCE s'est trouvée propulsée au rang d'institution. Formellement, elle en a la qualification. Fonctionnellement elle se rapproche plus d'une agence que des autres institutions. Son statut entretient sans cesse cette ambiguïté entre organe technique et institutions politiques. De ces dernières elle hérite une place dans le traité et du premier un statut en partie législatif et une soumission au droit dérivé du Conseil et du Parlement. L'ambiguïté de la nature profonde des traités qui varient entre constitution politique et constitution économique induit la confusion autour du statut de la BCE⁶²³.

La BCE est une institution de la constitution économique de l'Union et non de sa constitution politique. Elle a été mentionnée aussi largement dans le traité dans le but d'inscrire l'union monétaire au projet communautaire et de garantir que l'objectif de stabilité des prix et le principe d'indépendance de la BCE auront une valeur constitutionnelle. Mais cette valeur constitutionnelle donnée au statut, entendu au sens large, de la BCE et de l'Eurosystème ne doivent pas méprendre sur la nature technique de cette institution. Cette contradiction entre la nature des tâches de la BCE et son statut devient flagrante avec la crise financière. Sa résolution pourrait passer par une modification des missions de la BCE, voire de son objectif, afin d'y ajouter la stabilité financière. Or, la rigidité des dispositions rendra l'opération délicate, si ce n'est impossible, l'unanimité étant requise. Certains États membres, l'Allemagne en priorité, très attachés à la stabilité des prix pourraient instrumentaliser le statut constitutionnel afin de bloquer tout amendement des dispositions relatives à la BCE. Au contraire, le statut des agences étant législatif, leur adaptation est beaucoup plus aisée. La BCE étant une institution, c'est beaucoup plus délicat.

D'autant que n'avoir en tête que cette qualification d'institution est trompeur. Au-delà d'être une institution, elle est la composante centrale d'un système intégrant les banques centrales nationales. Aucune institution ne se trouve dans une telle relation avec des composantes nationales, à part marginalement la Cour de Justice en matière préjudicielle. En revanche, les agences participent de ce phénomène et sont directement en lien avec leurs pendants dans les systèmes nationaux. Comme la BCE, l'Eurosystème est devenu une structure constitutionnelle. L'Eurosystème peut s'étudier selon deux perspectives : une perspective formelle, comme un système constitutionnel et une perspective fonctionnelle – le rapprochant des agences – où seront considérés sous un angle dynamique les rapports de pouvoir du système avec son environnement et en son sein. C'est ce second volet qui nous intéressera le plus. Par leur composition, les organes de l'Eurosystème se rapprochent beaucoup plus de ceux des agences que des institutions.

⁶²³ D'ailleurs, pour T. Padoa-Schioppa : « *The Treaty represents the strongest monetary constitution ever written, not only because of its substance, but also because the procedure to amend it is more difficult than that required for the charter of any existing central bank* », PADOA-SCHIOPPA T., « Eurosystème: new challenges for old missions », précité.

Chapitre 2 : La méthode communautaire : source d'inspiration de l'Eurosystème

Organiser un système nouveau, compétent dans un domaine traditionnellement rattaché à la souveraineté des États est une tâche complexe. Il faut s'assurer que le système pourra fonctionner. Il était donc impensable de confier la gestion de la monnaie à des institutions incapables de prendre des décisions. Il était tout aussi impensable pour les États membres d'abandonner totalement leur voix en la matière. Ils abandonnent leur souveraineté mais doivent conserver un certain contrôle sur la monnaie, qui joue un rôle central dans les économies modernes. Le challenge était de taille. Mais l'Eurosystème fait partie de l'Union. Depuis la création des Communautés, la prise de décisions favorise aussi bien l'approfondissement de l'intégration que les États membres, sans qu'ils se sentent dépassés. Tout naturellement, l'Eurosystème reprend les traits caractéristiques de l'Union. Ils peuvent être résumés par les idées de fusion ou de symbiose du niveau étatique et du niveau supranational ; aussi bien dans l'élaboration, l'adoption que la mise en œuvre des normes adoptées⁶²⁴.

Ce sont les procédures propres à la méthode communautaire – au sein de laquelle la présence d'institutions supranationales est indispensable – qui garantissent cette symbiose. On retrouve dans l'architecture organique de l'Eurosystème certaines spécificités des institutions de l'Union, au premier rang desquelles la supranationalité (Section 1). L'Union n'est pas réductible à cette seule notion. Elle ne capture pas, à elle seule, l'essence du fonctionnement de l'Union. Au contraire, elle participe d'une méthode plus globale : la méthode communautaire. Elle organise au niveau de l'élaboration, de l'adoption et de la mise en œuvre des normes, un dialogue permanent entre les institutions supranationales et les États membres. Le fonctionnement interne de l'Eurosystème organise les rapports entre BCE et BCN, entre le directoire et les gouverneurs des BCN sur cette logique (Section 2).

Section 1 - La supranationalité des organes de direction de l'Eurosystème

L'Eurosystème a deux organes de direction : le directoire et le conseil des gouverneurs. Une première lecture, très naïve, consisterait à comparer le directoire à la Commission et le conseil des gouverneurs au Conseil. Par leurs attributions, exécutives et « législatives »⁶²⁵ et leur

⁶²⁴ Le *think tank* Notre Europe a réalisé une série d'études sur la méthode communautaire. Un document de synthèse résume les grandes caractéristiques de cette méthode qui, selon eux, sont le monopole de l'initiative législative aux mains de la Commission, la majorité qualifiée au Conseil et « l'obligation d'appliquer les décisions au niveau national » (voir BERTONCINI Y. & KREILINGER V., « Séminaire sur la méthode communautaire. Éléments de synthèse », *Notre Europe*, Mai 2012, 58 p.). Il s'agit là de traits spécifiques à l'action du triangle institutionnelle. Il faudra alors, afin d'étendre l'analyse à l'Eurosystème, généraliser cette méthode.

⁶²⁵ La notion de « législatif » sera utilisée ici dans un sens très large. À proprement parlé, le conseil des gouverneurs n'adopte pas des lois, ni n'utilise la « procédure législative ordinaire » prévue par le traité. Il a

composition, à dominante communautaire et à dominante nationale, le directoire et le conseil des gouverneurs peuvent s'apparenter à leurs aînés. Cette lecture est pourtant simplificatrice, en particulier face à leur composition. Cette dernière révèle une maturité des rédacteurs des traités dans la construction d'un ensemble institutionnel supranational. « *La Communauté présente une tension entre le tout et ses parties, entre des formes centrifuges et des forces centripètes* »⁶²⁶. Il appartient au traité de gérer ces forces et de les équilibrer. Une telle gestion est particulièrement bien réussie au sein de l'Eurosystème. Le directoire représente la permanence de la direction, fortement teintée de supranationalité, et en charge du fonctionnement quotidien (§1). Le conseil des gouverneurs est l'organe suprême du système, celui qui donne des impulsions et adopte des normes générales ; le qualifier de supranational serait trop fort ; il se caractérise en revanche par une forte indépendance (§2).

§.1 - Le directoire : un exécutif supranational

Le directoire est fréquemment qualifié de supranational par la doctrine⁶²⁷. Le qualificatif est juste, mais le raisonnement bien souvent expéditif. Avant de qualifier un organe, il faut définir la notion que l'on va utiliser. Or, la notion de supranationalité fait partie d'un « fond commun » du vocabulaire des juristes de droit de l'UE qu'ils ne prennent que rarement la peine de définir⁶²⁸.

Il est d'ailleurs délicat de le faire, tant cette définition est ancrée dans certaines institutions de l'Union que l'on dit « supranationales » sans réellement savoir pourquoi. C'est elles – notamment la Commission – qui représentaient par nature cet élément supranational, elle sont

2

néanmoins, nous le verrons, le pouvoir d'adopter des actes de portée générale. C'est pour cela que nous le qualifions de législateur faut d'autres mots pour qualifier son action.

⁶²⁶ « *the Community presents a tension between the whole and the parts, centrifugal and centripetal forces* » WEILER J., « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », *YEL*, 1981, n° 1, pp. 267-306 ici p. 268.

⁶²⁷ Ainsi B. Dutzler le qualifie de « *supranational Board* » (DUTZLER B., *The European System of Central Bank: An Autonomous Actor – The Quest for Institutional Balance in EMU*, Springer-Verlag, Vienne, 2003, p. 14) et C. Zilioli et M. Selmay qualifient les deux organes de « *supranational decision-making bodies of the ECB* » (ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 83). Enfin, L. Dubouis et C. Blumann : « *À bien des égards la Banque centrale européenne donne l'image au plan juridique d'un organisme beaucoup plus supranational que les autres institutions de l'Union* » (BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel européen*, 4^{ème} Éd., précité).

⁶²⁸ C'était le constat que faisait P. Soldatos il y a plus de 20 ans : « *dans la littérature spécialisée, la définition du principe de supranationalité est donnée de façon elliptique et sans réunir tous ses fondements, présents dans les traités communautaire* » (SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, Bruylant, Bruxelles, 1989, 305p.). Voir, par exemple, la définition donnée par L. Dubouis et C. Blumann : « *La supranationalité se trouve au cœur du système. Cette notion nouvelle entend marquer la césure avec le droit international classique. La supranationalité paraît ainsi comme un succédané d'un fédéralisme déjà difficilement acceptable par une partie des États membres et l'opinion publique. Elle se caractérise notamment par les deux grands principes d'immédiateté (effet direct) et de primauté* » (BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel européen*, 4^{ème} Éd., précité, p. 5). Cette définition contraste avec la citation de ces mêmes auteurs à la note précédente où la supranationalité semble être une notion liée aux caractéristiques des institutions et de leurs organes plus que du droit qu'ils produisent. La même lacune se retrouve dans la doctrine anglo-saxonne. Ainsi P. Craig et G. de Burca parlent de « *Community decision-making: intergovernmentalism and supranationalism* » sans prendre la peine de définir ces notions (CRAIG P. de BURCA G., *EU law – Text, cases and materials*, 4th ed., Oxford University Press, Oxford, 2008, 1148p., ici p. 8).

données en exemple sans que soit systématisées les spécificités qui permettent de les qualifier ainsi⁶²⁹. « *Il faut à présent tenter de définir la supranationalité : une organisation est supranationale lorsqu'elle (a) évite l'autorité des États nations et se lie directement avec les citoyens ; (b) reprend des fonctions traditionnellement exercées par les États nations ; (c) peut prendre des décisions au nom des États mais aussi contre eux* »⁶³⁰. Cette définition est reprise par J. Weiler, il la nuance néanmoins en précisant qu'elle ne permet pas de définir les caractéristiques de la supranationalité. Il les dégage et précise qu'elles peuvent être classées en deux catégories : la supranationalité normative et la supranationalité institutionnelle-décisionnelle⁶³¹. La première est relative à la capacité du droit de l'Union à prendre le pas et à s'imposer sur le droit national. Elle est liée à la primauté et à l'effet direct. Elle n'est pas directement intéressante ici⁶³². La seconde est celle qui permet de qualifier les organes de direction du SEBC. Elle est liée à la capacité d'organismes indépendants (A) à prendre des décisions s'imposant aux États (B).

A. Une supranationalité institutionnelle

La supranationalité organique a reçu une définition abstraite, notamment sous la plume de J. Weiler et P. Soldatos, qui ont chacun mis en avant une série de critères permettant de reconnaître un organe supranational (1). Une étude du directoire nous permettra de lui appliquer ces critères et de dégager sa nature supranationale (2).

1) La supranationalité institutionnelle

La définition donnée par P. Soldatos⁶³³, qui est basée sur une série de critères clairs qui pourront ensuite être appliqués au directoire et au Conseil des gouverneurs dans le paragraphe suivant, sera retenue. Il base la supranationalité institutionnelle sur trois critères :

⁶²⁹ « *Since the new term, supranationalism, derived from, indeed was the explication of, the phenomenon it sought to define, a measure of circularity was inevitable. For one had to employ the distinguishing features of the Community to give meaning to the term supranationalism which in turn was the concept used to express the distinctions between the Community and other international organisations* », WEILER J., « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », précité, p. 269.

⁶³⁰ « *We may now attempt to define supranationality: a supranational organization is one which (a) bypasses the nation-states's authority and deals directly with the citizen; which (b) takes over some functions traditionally exercised by the nation-state; and (c) is in the position to originate decisions not only on behalf of the State but despite it* » ; HEATHCOTE N., « The crisis of european supranationality », *JCMS*, 1966 n° 2, p. 140, ici p. 141.

⁶³¹ WEILER J., « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », précité, p. 271. Nous empruntons la traduction que P. Soldatos a fait de la dichotomie de J. Weiler, SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, précité, p. 192.

⁶³² Voir, *idem*, pp. 273 à 280. Pour une étude détaillée de ce phénomène par lequel le droit communautaire a affirmé sa spécificité face au droit international et s'est imposé sur celui des États membres, voir SIMON D., « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », précité

⁶³³ Ce dernier reprend la dichotomie mise en avant par J. Weiler, qu'il traduit en « *supranationalité institutionnelle-décisionnelle* » et « *supranationalité normative* », voir SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, précité, p. 192. La définition de J. Weiler étant trop succincte, voir, WEILER J., « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », précité, p. 272.

« l'autonomie constitutive », « l'autonomie statutaire » et « l'autonomie administrative »⁶³⁴. L'autonomie statutaire est conférée par des dispositions empêchant « des "nominations nationales" susceptibles de créer une dépendance constitutive directe de ces organes »⁶³⁵. Elle est conférée aux membres de la Cour de Justice et de la Commission par leur nomination par l'ensemble des États membres et non par celui dont ils sont le ressortissant⁶³⁶. L'autonomie statutaire résulte de trois spécificités du statut des membres : leur indépendance face aux États qui ne peuvent leur donner d'instructions, l'exclusivité de leur fonction – issue d'un stricte régime d'incompatibilités – et la difficulté de mettre un terme à leur fonction pour des raisons politiques⁶³⁷. Enfin, l'autonomie administrative résulte, notamment pour la Commission, du fait qu'elle dispose d'un corps autonome de fonctionnaires lui permettant d'exercer ses fonctions sans dépendre des administrations nationales⁶³⁸. La réunion de cette triple autonomie permet de garantir que l'organe en question sera à l'abri de pressions directes des États membres. Cela n'empêche évidemment pas les pressions indirectes, incidiées ; mais rien n'oblige les membres à y céder, les États n'ayant aucun moyen coercitif direct sur eux. Le directoire, par sa composition et son statut, répond à l'ensemble de ces critères.

2) La supranationalité du directoire

Le directoire est, par certains côtés, plus supranational que la Commission. Ces deux collèges ont un grand nombre de traits communs, le statut du directoire pousse l'autonomie plus loin. L'autonomie constitutive des membres du directoire est particulièrement forte. Tout d'abord, contrairement à la Cour de Justice et à la Commission⁶³⁹, le directoire comprend moins d'un représentant par État membre. Ceci écarte, *de facto*, le risque de nominations nationales. D'autant que les membres sont nommés par le Conseil européen à la majorité qualifiée, après consultation du Parlement et du Conseil des gouverneurs. L'emploi de la majorité qualifiée

⁶³⁴ SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, précité, p. 192-193

⁶³⁵ *Idem*, p. 192.

⁶³⁶ Les modalités de nomination des membres de la Commission ont évolué depuis l'ouvrage de P. Soldatos. A l'époque, ils étaient nommés d'un commun accord entre les États membres. Aujourd'hui, ils sont nommés par le Conseil à la majorité qualifiée et sont ensuite approuvés par le Parlement, ces deux modalités accroissent leur autonomie constitutive en diminuant leur dépendance face à leur État membre d'origine (sur ce thème voir PERTEK J., « Commission européenne ; Organisation et fonctionnement », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 230, §71-101). En revanche, les membres de la Cour de Justice sont toujours nommés d'un commun accord entre les États membres, mais après consultation d'un comité spécialisé, accroissant ainsi leurs autonomie.

⁶³⁷ C'est évidemment moins vrai pour la Commission, que le Parlement peut démettre suite à une motion de censure, que pour les membres de la Cour de Justice qui ne peuvent être révoqués qu'après une procédure devant la Cour réunie en assemblée plénière. Pour les membres de la Commission, il faut tout de même noter que la censure individuelle est impossible, ils peuvent seulement être révoqués collégalement. Voir PERTEK J., « Commission européenne ; Organisation et fonctionnement », précité, §§147-164.

⁶³⁸ « Disposant d'un large corps administratif (...), soumis au protocole unique sur les privilèges et immunités annexé au traité de Bruxelles, la Commission exerce ses fonctions avec un certain degré d'affranchissement vis-à-vis des administrations nationales », SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, précité, p. 193.

⁶³⁹ Il faut rappeler que le traité de Lisbonne prévoit, à son article 17 §5 TUE, la possibilité qu'à partir de 2014 la Commission comprenne moins de commissaires que d'États membres sur la base d'un système de rotation égalitaire. Néanmoins, ce n'est qu'une possibilité et il est douteux qu'elle soit mise en place.

écarter un peu plus le risque de nomination nationale. D'autant que les candidats ne sont pas choisis au hasard. Ils doivent être sélectionnés « *parmi des personnes dont l'autorité et l'expérience professionnelle dans le domaine monétaire et bancaire sont reconnues* »⁶⁴⁰. Cependant, certaines influences nationales se font jour lors du processus de nomination.

Les conditions de nomination de W. Duisenberg ou plus récemment la démission de L. Bini Smaghi le démontrent. Pour le premier président de la BCE, lors de la réunion des chefs d'État ou de gouvernement du 1^{er} mai 1998, la France insistait pour que J-C Trichet soit nommé alors que ses partenaires préféraient la candidature du président de l'IME, fraîchement nommé, W. Duisenberg. Ce dernier fut choisi avec l'assurance qu'il quitterait ses fonctions avant la fin de son mandat, au profit du premier. Ainsi, J-C Trichet lui succéda le 1^{er} novembre 2003⁶⁴¹. Pour L. Bini-Smaghi, c'est la nomination de M. Draghi en 2011 au poste de président qui le contraint à démissionner, après une certaine résistance, au profit du français B. Coeuré. La France ne souhaitait pas que deux italiens siègent au directoire alors qu'aucun français n'était présent⁶⁴². A priori, ces conflits montrent que le directoire n'est pas totalement indépendant des États quant à sa composition. Cela est globalement logique que les grands États souhaitent une représentation dans l'organe permanent de la BCE. Cependant, la France obtint aussi que B. Coeuré fut nommé chef économiste de la BCE, poste pourtant traditionnellement occupé par un allemand⁶⁴³. Il y a tout de même là une volonté d'influencer la doctrine économique de la BCE dans une période où beaucoup souhaitent qu'elle s'écarte de l'orthodoxie allemande. Cela ne change cependant rien au fait que, une fois nommés, les membres sont indépendants et hors de pressions, officielles.

L'autonomie statutaire est, elle aussi, assurée par un haut niveau d'indépendance. Dans l'UE, l'indépendance de la Banque centrale est un dogme. Les membres de ses organes de direction jouissent donc d'une totale autonomie face aux États membres et aux autres institutions. Elle est consacrée par l'article 130 du TFUE. Ici l'analogie avec la Commission est totale car le traité reprend dans cet article les termes utilisés pour garantir l'indépendance de la Commission, à l'article 17 TUE. Ainsi, ce dernier précise que « *les membres de la Commission ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucun gouvernement, institution, organe ou organisme* » et l'article 130 que les membres des organes de décision « *ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions, organes ou organismes de l'Union, des*

⁶⁴⁰ Articles 283 TFUE et 11 §2 des Statuts

⁶⁴¹ Voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 187 ; sur la question de la démission volontaire voir MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », précité, §20

⁶⁴² Voir DELACROIX G. & LACOUR J.-P., « Paris presse Berlusconi de lui libérer la place à la BCE », *Les Echos*, 20 octobre 2011 et HOROBIN W., « France Propose Coeuré for ECB », *The Wall Street Journal*, 24 novembre 2011.

Il est ironique de constater qu'en 2000, L. Bini Smaghi et D. Gros estimaient, à propos de la nomination de W. Duisenberg que « *Although the nomination of the ECB President has raised some doubts on the willingness of political authorities to respect the independence of the ECB, subsequent developments have been reassuring with the respect of the personal independence of the Executive Board* » (BINI SMAGHI L. & GROS D., *Open Issues in European Central Banking*, Saint Martin's Press, New York, 2000, 209 p., ici p. 124).

⁶⁴³ Voir de MEYER K., « Paris et Berlin se disputent le poste de chef économiste à la BCE », *Les Échos*, 30 novembre 2011.

gouvernements des États membres ou de tout autre organisme ». La seconde caractéristique de l'autonomie statutaire tient à un régime strict d'incompatibilités, domaine dans lequel le régime des membres du directoire est contraignant. Il résulte des Statuts qui précisent, à leur article 11 paragraphe 1 alinéa 2, que : « *Les membres assurent leurs fonctions à temps plein. Aucun membre ne peut exercer une profession, rémunérée ou non, à moins qu'une dérogation ne lui ait été accordée à titre exceptionnel par le conseil des gouverneurs* ». Cette interdiction a été complétée par deux codes de conduite. Le premier s'applique à l'ensemble des membres du conseil des gouverneurs⁶⁴⁴, au sein desquels figurent ceux du directoire et un spécifiquement au directoire⁶⁴⁵. Le premier détaille les modalités de l'indépendance des membres, proclamée par l'article 130. Puis, à son article 3, il interdit de percevoir une rémunération supérieure à 200 euros et qui soit liée à la fonction de membre. Ils doivent aussi éviter, au nom de l'article 4, tout conflit d'intérêt. Le second texte, dans la même ligne, autorise la perception de dons inférieurs à 50 euros – s'ils sont considérés comme appropriés – au-delà ils devront être versés à la BCE. Les deux textes autorisent cependant les activités propres à permettre une meilleure appréhension de l'Eurosystème depuis l'extérieur (conférences, enseignements, etc.).

Enfin, l'autonomie statutaire se juge à l'aune des conditions permettant de démettre un membre de ses fonctions. Cette révocation n'est pas possible pour des motifs d'opportunité, mais uniquement si un membre « *ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou s'il a commis une faute grave* »⁶⁴⁶. Cette démission ne peut être prononcée que par la Cour de Justice, saisie par le directoire ou le conseil des gouverneurs. Enfin, contrairement aux membres de la Cour de Justice ou de la Commission, leur mandat est de huit ans non renouvelable. La règle du non renouvellement du mandat et sa durée assez longue permettent de garantir une plus grande autonomie des membres face aux États qui les nomment⁶⁴⁷. Néanmoins, pour éviter une trop grande discontinuité au sein du directoire, l'ancien article 50 du Statut (abrogé depuis) prévoyait que lors de la nomination du premier directoire seul le président serait nommé pour huit ans. Le vice-président l'a été pour quatre ans et les autres membres pour une durée prévue entre cinq et huit ans. Cela permet un renouvellement partiel régulier des membres du directoire⁶⁴⁸. Il résulte de ces deux premières

⁶⁴⁴ Code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, JO n° C 123 du 24.5.2002, pp. 9-10 modifié par le protocole d'accord modifiant le protocole d'accord relatif à un code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, JO C 10 du 16.1.2007, pp. 6-7.

⁶⁴⁵ Code complémentaire d'éthique professionnelle applicable aux membres du directoire de la BCE, JO n° C 104 du 23.4.2010, pp. 8-9.

⁶⁴⁶ Art. 11 paragraphe 3 des Statuts.

⁶⁴⁷ Voir, CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité, p. 402.

⁶⁴⁸ Ces dispositions « *assurent une certaine continuité au sein du directoire en évitant que tous les mandats ne soient renouvelés au même moment ; les nouveaux arrivants pourront bénéficier de l'expérience de ceux qui restent en fonction* », *idem*, p. 403.

autonomies que le directoire ne représente pas les États, mais l'intérêt monétaire de la zone euro, apprécié par des experts indépendants⁶⁴⁹.

Le directoire jouit aussi d'une autonomie administrative car il est l'un des organes de direction de la BCE. Or, cette dernière a à sa disposition une administration de 1609 personnes⁶⁵⁰. C'est le directoire qui est en charge du personnel. C'est le conseil des gouverneurs, sur proposition du directoire, qui adopte le statut du personnel⁶⁵¹. Néanmoins, c'est au directoire qu'échoit la gestion courante du personnel⁶⁵², l'organisation interne de la BCE et la direction de son personnel⁶⁵³. Le directoire remplit les trois premiers critères précédemment identifiés pour définir un organe supranational. La supranationalité n'est, cependant, pas uniquement organique. Elle consiste certes en une autonomie face aux États, mais aussi en une autonomie d'action.

B. Une supranationalité décisionnelle

La supranationalité nécessite que cette autonomie institutionnelle soit doublée d'une autonomie décisionnelle. P. Soldatos la décompose en deux. La première est l'autonomie décisionnelle à proprement parlé, qui se définit comme « *le recours à la règle de la majorité* »⁶⁵⁴. C'est le cas du directoire où, comme le précise l'article 11 du Statut, « *les décisions sont prises à la majorité simple des suffrages exprimés* ». La seconde caractéristique de l'autonomie décisionnelle est « *l'autonomie de compétence* »⁶⁵⁵. Pour la définir, P. Soldatos prend l'exemple de la Commission qui « *dispose d'un pouvoir de décision propre* », qui « *est l'exécutif ordinaire de la Communauté* » et qui dispose de « *l'initiative législative* »⁶⁵⁶. L'autonomie décisionnelle est la capacité à agir seul, d'un organe, dans un domaine déterminé et de prendre des décisions contraignantes⁶⁵⁷. Ces conditions sont réunies

⁶⁴⁹ « *The Executive Board {traduction anglaise de « directoire »} is thus conceived by the EC Treaty not as a body of national representatives, but as an expert body of a truly supranational character, which is allowed to seek or take instructions neither from the Community institutions or bodies nor from the Member States* », ZILILI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 85.

⁶⁵⁰ BCE, *Rapport annuel 2011*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2012, 264 p, voir p. 189.

⁶⁵¹ Art. 36.1 des statuts.

⁶⁵² « *Tous les membres du personnel de la BCE sont sélectionnés, nommés et promus par le directoire* » Art. 21 §1 du Règlement intérieur de la BCE.

⁶⁵³ « *10.1. Le directoire, après consultation du conseil des gouverneurs, arrête le nombre, le nom et les compétences respectives des services de la BCE. Cette décision est rendue publique.*

10.2. L'ensemble des services de la BCE sont placés sous la direction du directoire. Le directoire décide de la répartition des compétences entre ses membres en ce qui concerne les différents services de la BCE et fait part de sa décision au conseil des gouverneurs, au conseil général et au personnel de la BCE. Toute décision à ce sujet requiert la présence de tous les membres du directoire et ne peut être prise contre le vote du président », idem, art. 10.

⁶⁵⁴ SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, précité, p. 193.

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 194.

⁶⁵⁶ *Ibidem*.

⁶⁵⁷ Le caractère contraignant étant assuré par l'autonomie normative dont nous avons parlé.

par le directoire qui a été qualifié d' « *exécutif monétaire européen* »⁶⁵⁸. C'est le traité qui lui confie la gestion courante de la monnaie. Ce rôle a été renforcé par le droit monétaire, centralisant le pouvoir de gestion aux mains du directoire.

1) Un rôle donné par le traité

Le statut précise non seulement que « *le directoire est responsable de la gestion courante de la BCE* » mais aussi que « *Le directoire met en œuvre la politique monétaire conformément aux orientations et aux décisions arrêtées par le conseil des gouverneurs. Dans ce cadre, le directoire donne les instructions nécessaires aux banques centrales nationales* »⁶⁵⁹. Il ne faut pas minimiser la portée de ces tâches. La doctrine, avant même l'entrée en fonction de la BCE, a tout de suite mis avant le rôle central ainsi conféré au directoire. « *Dans une banque centrale, les décisions courantes sont d'une importance décisive, car le politique monétaire peut réclamer qu'une décision soit prise tous les jours, toutes les heures, voire parfois toutes les minutes, notamment en cas de mesures d'urgences (...) Ces tâches sont de la compétence exclusive du directoire, justifiant ainsi son nom "d'exécutif monétaire européenne"* »⁶⁶⁰.

Ce rôle d'exécutif est confirmé par la place centrale du Président du directoire. Il a un rôle symbolique fort et sa voix est prépondérante, en cas d'égalité, au conseil des gouverneurs comme au directoire⁶⁶¹. Il signe les instruments juridiques adoptés par la BCE⁶⁶². Enfin, tous les mois, il donne une conférence de presse pour expliquer les décisions de politique monétaire de la zone euro. Il incarne la gouvernance monétaire de cette zone. Les crises, qui se succèdent depuis 2007, ont renforcé la place médiatique et symbolique du président. Il a été fréquemment invité aux Conseils européens et a fait partie, de mars à octobre 2010, du Comité van Rompuy chargé de réfléchir à la gouvernance économique de la zone euro⁶⁶³.

L'une des tâches essentielles d'un exécutif est l'initiative législative, ou dans notre cas « normative ». Or, ni les statuts, ni le règlement intérieur ne précisent à qui appartient

⁶⁵⁸ L'expression est de Martin Selmayr, elle a été reprise dans l'ouvrage coécrit avec Chiara Zilioli, ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 84. Nous reprenons la traduction faite par F. Martucci dans sa thèse (MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, ici p. 238).

⁶⁵⁹ Articles 11§ 6 et 12 §1 alinéa 1 des Statuts. L'octroi au directoire d'un tel pouvoir a fait débat, notamment au sein du Comité des gouverneurs chargé de rédiger la première proposition de statuts du SEBC « *au point que celui-ci a dû se résigner à faire deux propositions alternatives dans le projet soumis à la Conférence. Certains gouverneurs insistaient sur la nécessaire affirmation des pouvoirs du directoire en vue de raffermir l'autorité naissante de la BCE face aux tendances centrifuges et assurer l'unité de la politique monétaire. D'autres prônaient le maintien des pouvoirs aux mains du Conseil des gouverneurs en vue d'éviter une centralisation excessive* » LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, pp. 67-68.

⁶⁶⁰ « *In a central bank "current business" is of decisive importance, as monetary policy may require decisions to be taken every day, every hour, sometimes every minute, in particular when in need of emergency measures (...) These important tasks, which are exclusive competency of the Executive Board, justify calling it "Europe monetary executive"* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 84. Voir aussi MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 238.

⁶⁶¹ Art. 10 §2 alinéa 5 et 11 §3 des Statuts.

⁶⁶² Art. 17 du Règlement intérieur de la BCE.

⁶⁶³ Sur ce comité voir infra, Chapitre 1 du Titre 2 de la seconde partie.

clairement le pouvoir normatif. Celui-ci est confié à « la BCE »⁶⁶⁴, sans plus de précisions. Tout au plus, l'article 12 des statuts précise que « *Le conseil des gouverneurs arrête les orientations et prend les décisions nécessaires aux missions confiées au SEBC* ». Implicitement il est possible d'en déduire que la fonction normative lui appartient. Cette ambiguïté a été levée par le Règlement intérieur de la BCE. Son article 17 paragraphe 1 précise explicitement que « *Le conseil des gouverneurs arrête les règlements de la BCE* ». Rien n'est précisé explicitement sur l'origine de ces actes, et sur une éventuelle initiative du directoire. C'est assez logique : la procédure est moins formelle qu'une procédure législative. Néanmoins, les Statuts précisent que le directoire est « *responsable de la préparation des réunions du conseil des gouverneurs* »⁶⁶⁵. Le directoire ayant l'administration de la BCE à sa disposition, il est amené à jouer un rôle central dans l'élaboration des actes normatifs dont il a fonctionnellement l'initiative⁶⁶⁶, avec cependant le concours précieux de comités (abordé à la section suivante). Dans le cas particulier du régime applicable au personnel de la BCE, les Statuts confient l'initiative officielle au directoire à son article 36 paragraphe 1⁶⁶⁷.

Le directoire exerce, enfin, deux fonctions essentielles. Une fonction de mise en œuvre quotidienne de la politique monétaire, l'obligeant au jour le jour à prendre des décisions. Dans ce cadre, il donne des instructions aux Banques centrales nationales⁶⁶⁸. Ces instructions que le directoire peut donner à des organes appartenant aux États membres, mais eux-mêmes indépendants au sein de ces États, correspond parfaitement à l'autonomie décisionnelle caractéristique de la supranationalité, par laquelle un organe communautaire peut adopter des normes contraignantes à l'encontre d'un organe national. Néanmoins, le pouvoir de contrainte n'est pas total. La BCE peut entamer une procédure contre une BCN qui n'aurait pas mis en œuvre une instruction devant la Cour de Justice. Ce type particulier de procédure en manquement est aux mains du Conseil des gouverneurs et non du directoire⁶⁶⁹. Ce dernier joue cependant un rôle central, en étant à l'origine des instructions, c'est lui qui définit quotidiennement les obligations des BCN.

Enfin, les Statuts ouvrent la possibilité de délégation de pouvoirs du conseil des gouverneurs au profit du directoire. Cette délégation du conseil des gouverneurs ne peut intervenir que « *pour l'application de ses règlements et de ses orientations* »⁶⁷⁰. C'est ainsi une fonction

⁶⁶⁴ Voir l'art. 132 TFUE.

⁶⁶⁵ Art. 12 des Statuts.

⁶⁶⁶ Le directoire prépare réunions du conseil des gouverneurs, il en détermine l'agenda et prépare les documents nécessaires à la prise de décision. Il a alors, en pratique, un droit d'initiative, voir, JUNG A., MONGELLI F.P. & MOUTOT P., « How are the Eurosystem's Monetary Policy Decisions Prepared? A Roadmap », *JCMS*, 2010 n°2, pp. 319-34.

⁶⁶⁷ Art. 36 §1 des Statuts : « *Le conseil des gouverneurs arrête, sur proposition du directoire, le régime applicable au personnel de la BCE* ».

⁶⁶⁸ Voir l'art. 17 §6 du Règlement intérieur de la BCE.

⁶⁶⁹ Cette procédure, prévue à l'article 271 d) TFUE et 35 paragraphe 6 des Statuts, n'a, à notre connaissance, jamais été mise en œuvre.

⁶⁷⁰ Art. 17 §2 du Règlement intérieur de la BCE.

d'exécution normative qui est déléguée au directoire, en plus de la fonction d'exécution administrative⁶⁷¹ que les traités lui ont confiée et que le droit dérivé a consolidée.

2) Un rôle confirmé par le droit dérivé

Le droit dérivé a confirmé le rôle d'exécution normative confié au directoire par le règlement intérieur. De nombreuses délégations de pouvoir ont été opérées du conseil des gouverneurs vers le directoire. Ainsi en matière de données relatives à l'euro fiduciaire, l'orientation de la Banque centrale européenne du 11 septembre 2008⁶⁷² met en place CIS2, un système d'information sur les données fiduciaires qui comprend une base de données stockant les informations pertinentes relatives aux pièces et billets en euro et un système informatique permettant de consulter et modifier cette base de données. Le considérant 11 précise, à propos de CIS2, que « *En outre, en raison du caractère technique de celui-ci, il doit être possible de modifier les spécifications du mécanisme de transmission du CIS 2 en utilisant la même procédure simplifiée. Par conséquent, il convient de déléguer au directoire le pouvoir de procéder à certaines modifications de la présente orientation et de ses annexes et de prévoir qu'il informe le conseil des gouverneurs de telles modifications* ». La délégation est opérée à l'article 11 paragraphe 2⁶⁷³.

Ce mécanisme rappelle celui de délégation de pouvoirs normatifs du Conseil et du Parlement à la Commission, pour l'exécution des règles qu'ils adoptent. Cette procédure était initialement basée sur l'article 211 TCE et la jurisprudence Köster de la Cour de Justice⁶⁷⁴. Il permettait au Conseil de n'adopter que « *les éléments essentiels de la matière à régler* »⁶⁷⁵ et de déléguer à la Commission l'adoption des normes non essentielles. Avec le traité de Lisbonne, ce mécanisme a été clarifié. L'article 290 TFUE prévoit que « *Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif* ». L'article 291 paragraphe 2 prévoit que « *Lorsque des conditions uniformes d'exécution des*

⁶⁷¹ Les formules « exécution normative » et « exécution administrative » sont classiques en droit de l'Union, voir par exemple MEHDI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 615-637.

⁶⁷² Orientation de la Banque centrale européenne du 11 septembre 2008 relative à la collecte de données concernant l'euro et au fonctionnement du système d'information sur les données fiduciaires 2 (BCE/2008/8), JO n° L 346 du 23.12.2008, p. 89-138.

⁶⁷³ « *Conformément à l'article 17, paragraphe 3, du règlement intérieur de la Banque centrale européenne, le directoire se voit déléguer le pouvoir:*

a) de procéder à des modifications techniques des annexes de la présente orientation et des spécifications du mécanisme de transmission duOrientation2, après avoir tenu compte de l'avis du comité des billets et du comité des systèmes d'information; et

b) de modifier les dates de première transmission des données en vertu de la présente orientation, au cas où le conseil des gouverneurs déciderait de proroger la période de transition applicable à une BCN pour la mise en œuvre du cadre relatif au recyclage des billets, et après avoir tenu compte de l'avis du comité des billets. », idem, art. 11 §2.

⁶⁷⁴ CJCE, 17 décembre 1990, Köster, aff. 25/70, Rec. p. 1161.

⁶⁷⁵ *Idem*, §6.

actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ». La différence entre les actes délégués de l'article 290 et les actes d'exécution de l'article 291 est assez floue⁶⁷⁶.

Le directoire a aussi reçu une délégation en matière de règles applicables au personnel de la BCE⁶⁷⁷. Cela a donné l'occasion à la Cour de justice de préciser les conditions dans lesquelles ce type de délégation peut s'opérer⁶⁷⁸. La Cour reprend les conditions posées par l'arrêt Meroni⁶⁷⁹. La délégation ne sera conforme que si elle respecte quatre conditions résumées au paragraphe 43 de l'arrêt⁶⁸⁰ : délégation par l'autorité délégante de ses pouvoirs, l'exercice de ses pouvoirs par le délégataire dans les mêmes conditions que le délégant, le caractère explicite de la délégation et la délégation de pouvoirs d'exécution. Cette dernière condition confirme le parallèle possible avec la jurisprudence Köster.

L'une des tâches principales du directoire est la mise en œuvre quotidienne de la politique monétaire déterminée par le conseil des gouverneurs. Il détermine le taux directeur, à savoir le taux des opérations principales de refinancement, celui auquel la BCE va prêter aux contreparties. Ce taux sera transmis au marché par une série d'opérations, notamment celles dites d'*open-market*, qui sont conduites par la BCE, sous l'égide du directoire. C'est ce que précise l'orientation de la BCE concernant les instruments et procédures de politique monétaire⁶⁸¹ : « *le Directoire est chargé de mettre en œuvre la politique monétaire*

⁶⁷⁶ Sur la fonction exécutive au sein de l'Union voir : RITLÉNG D., « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union » in DUTHEIL de la ROCHERE J., *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 27-51. Sur les actes délégués et les actes d'exécution : RITLÉNG D., « La délégation du pouvoir législatif de l'Union européenne » et BLUMAN C., « A la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les nouveaux "actes délégués" » in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, respectivement pp. 559-576 et pp. 127-144. Voir, plus généralement sur l'apport du traité de Lisbonne à la définition des actes : GUILLOUD L., « La nouvelle nomenclature des actes dans le Traité de Lisbonne », *RIEJ*, 2011, n° 66, pp. 85-108.

⁶⁷⁷ Cette délégation a un double fondement juridique. Tout d'abord l'article 21 §3 du Règlement intérieur de la BCE : « *Les conditions d'emploi trouvent leur application dans les règles applicables, qui sont adoptées et modifiées par le directoire* » et de l'article 9 a) de la décision de la BCE du 9 juin 1998 relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la BCE, modifiée le 31 mars 1999 (BCE/1998/4), JO n° L 125 du 19.5.1999, p. 32 modifiée par la décision de la BCE du 5 juillet 2001 modifiant la décision BCE/1998/4 relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la BCE (2001/766/CE) (BCE/2001/6) JO n° L 201 du 26.7.2001, p. 25 : « *Les rapports d'emploi entre la BCE et ses agents sont régis par des contrats conclus en conformité avec les présentes conditions d'emploi. Les règles applicables au personnel adoptées par le directoire précisent les modalités de ces conditions d'emploi* ».

⁶⁷⁸ CJCE, 26 mai 2005, Tralli c. BCE, aff. C-301/02, Rec. 2005 p. I-4071, §§37-52. Voir l'analyse de l'arrêt faite par F. Martucci : MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystem – Organisation », § 77.

⁶⁷⁹ CJCE, 13 juin 1958, Meroni c. Haute Autorité, aff. 9/56, Rec. p. 00011.

⁶⁸⁰ « *En ce qui concerne les conditions à respecter dans le cadre de telles délégations de pouvoirs, il convient de rappeler que, comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt Meroni/Haute Autorité, précité (voir p. 40 à 44, 46 et 47), d'abord, l'autorité délégante ne peut pas investir l'entité délégataire de pouvoirs différents de ceux qu'elle a elle-même reçus. Ensuite, l'exercice des pouvoirs confiés à l'entité délégataire doit être soumis aux mêmes conditions que celles auxquelles il serait soumis si l'autorité délégante les exerçait directement, notamment en ce qui concerne les exigences de motivation et de publication. Enfin, même habilitée à déléguer ses pouvoirs, l'autorité délégante doit prendre une décision explicite les transférant et la délégation ne peut porter que sur des pouvoirs d'exécution, exactement définis.* »

⁶⁸¹ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystem (refonte) (BCE/2011/14), JO n° L 331 du 14.12.2011, pp. 1-95.

conformément aux décisions prises par la Conseil des gouverneurs »⁶⁸². Le directoire est l'organe permanent de direction de la BCE, cette permanence lui donne alors un poids considérable dans l'exécution de la politique monétaire. Les opérations d'*open-market* font l'objet d'appels d'offres quotidiens⁶⁸³, dont la gestion échoit au directoire⁶⁸⁴. En matière d'exécution administrative, sans multiplier les exemples, une étude de quelques textes adoptés par la BCE permet de mieux cerner les pouvoirs dont jouit le directoire au quotidien. Ces pouvoirs peuvent être exceptionnels et coïncider avec des événements rares affectant la zone euro. Ainsi, lors des élargissements de la zone euro, c'est au directoire qu'il appartient de préciser les modalités avec lesquelles les banques de l'État entrant devront constituer leurs réserves obligatoires⁶⁸⁵. Néanmoins, la majorité des pouvoirs attribués au directoire concernent la gestion quotidienne de l'Eurosystème. Ainsi, en matière de donnée relatives à l'euro fiduciaire, c'est au directoire qu'échoit « *la gestion quotidienne du CIS 2* »⁶⁸⁶, une base de donnée stockant l'ensemble des données relatives aux pièces et billets en euro. En revanche, le directoire est constamment soumis au conseil des gouverneurs et à ses décisions dans le cadre desquelles il doit agir.

§.2 - Le conseil des gouverneurs : un législateur indépendant

L'étude du conseil des gouverneurs est plus complexe que celle du directoire. Tout d'abord par son caractère hybride : il regroupe les membres du directoire ainsi que les gouverneurs des banques centrales des États membres ayant adopté l'euro. Alors que la nature supranationale de ce dernier est évidente, celle du conseil des gouverneurs l'est moins⁶⁸⁷.

L'application au conseil des critères dégagés par P. Soldatos ne permet pas de lui étendre la qualification de supranational. Le conseil des gouverneurs fait partie d'un nouveau type d'organe qui mêle, dans leur composition même, des membres avec un statut supranational et des membres nationaux. Ce système est couramment pratiqué dans les organes de direction des agences de l'Union⁶⁸⁸. Le conseil des gouverneurs dispose de la supranationalité

⁶⁸² *Idem*, 1.1 du chapitre 1 de l'annexe 1.

⁶⁸³ *Idem*, Chapitre 5.

⁶⁸⁴ « *Le directoire apparaît ainsi comme un simple organe exécutif. Mais son rôle au sein de la BCE ne peut pour autant être minimisé. La permanence de son activité doit lui permettre de veiller à la continuité de l'action du S.E.B.C. au service de la stabilité des prix. Elle lui confère en outre une certaine capacité au sein de la B.C.E. En fait la gestion courante de l'euro suppose de nombreuses décisions quotidiennes qu'il n'appartient qu'au directoire de prendre* », CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité, p. 400.

⁶⁸⁵ Art. 11 du règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application des réserves obligatoires, précité.

⁶⁸⁶ Art. 17 paragraphe 1 de l'orientation de la Banque centrale européenne du 11 septembre 2008 relative à la collecte de données concernant l'euro et au fonctionnement du système d'information sur les données fiduciaires 2 (BCE/2008/8), précité.

⁶⁸⁷ C. Zilioli et M. Selmayr n'hésitent pas à qualifier le directoire et le conseil des gouverneurs de « *supranational decision making bodies* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 83.

⁶⁸⁸ Voir par exemple la composition du Conseil d'administration de l'Agence Européenne du Médicament. Il est composé « *d'un représentant de chaque État membre, de deux représentants de la Commission et de deux représentants du Parlement européen.* » (article 65 du Règlement 726/2004/CE du Parlement européen et du

décisionnelle, en tant que législateur du système (B). Il ne répond toutefois pas aux critères de la supranationalité institutionnelle. En effet, les membres disposent d'une autonomie statutaire⁶⁸⁹ et, par son rattachement à la BCE, ils disposent d'une autonomie administrative. En revanche, ils ne disposent pas d'une autonomie constitutive. Seuls les membres du directoire l'ont. Les gouverneurs des BCN sont directement nommés par les États membres. Cela ne fait pas pour autant d'eux des représentants, car ils occupent une position d'experts indépendants (A).

A. *Un organe composé d'experts indépendants*

La principale ambiguïté du statut des membres du conseil des gouverneurs, à part les membres du directoire, vient de leur nomination nationale. On pourrait alors les assimiler aux membres du Conseil, venant représenter la position de leur État d'origine⁶⁹⁰. Ce serait faux. Les statuts ne cherchent pas une représentation des États membres, mais ils visent à créer un conseil d'experts, capable de prendre une décision pour l'ensemble de la zone euro. Cependant, contrairement aux membres de la Commission, leur fonction n'est pas permanente et leurs fonctions sont principalement nationales. Il a donc fallu assurer la neutralité de ses membres (1). Les perspectives d'élargissement de l'Union et de la zone euro, et la peur d'un collège pléthorique, ont poussé à une réforme de la composition du conseil. Cette dernière conduit à dénationaliser totalement le conseil (2).

1) La recherche de la neutralité statutaire des membres

La neutralité recherchée n'est pas celle des membres du directoire, mais celle des autres membres du conseil des gouverneurs : ceux des banques centrales nationales. Il n'existe pas de procédure uniforme de nomination des gouverneurs des BCN de l'Eurosystème, ni de statut commun à leur position. La présence de personnalités issues des États membres était pourtant une condition forte à l'abandon de leur souveraineté monétaire⁶⁹¹. Cette exigence devait être conciliée avec le principe d'indépendance de l'Eurosystème. Le traité a cherché à garantir l'indépendance des gouverneurs pour qu'ils ne soient pas des représentants de l'État, mais des experts à la recherche de la meilleure politique monétaire pour la zone euro.

2

Conseil du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, JO n° L 136 du 30.4.2004, pp. 1-33). Il se compose aussi de deux représentants des organisations de patients, d'un des organisations de médecins et d'un des vétérinaires.

⁶⁸⁹ Ils sont soumis à un code de conduite quasiment similaire à celui des membres du directoire. Ils jouissent de la même indépendance qu'eux.

⁶⁹⁰ Voir l'art. 16 §2 du TUE : « *Le Conseil est composé d'un **représentant** de chaque État membre au niveau ministériel* » (nous soulignons).

⁶⁹¹ « *Our participation in the Maastricht Treaty negotiations, clearly showed that while Member States fully accepted the principle of independence, they were at the same time determined that one of their nationals (namely their central bank governor) should participate in the decision-making body in charge of monetary decisions. This was the price they asked for the willingness to accept abandoning their monetary sovereignty* », SERVAIS D., « The enlargement of the euro area : its impact on the ECB governing council », *Euredia*, 2005 n°4, pp. 329-350.

Ainsi, le dogme de l'indépendance des banques centrales ne s'applique pas uniquement à la BCE aussi et peut être surtout à l'ensemble de l'Eurosystème. Les BCN sont alors soumises à une obligation de « *convergence juridique* »⁶⁹² des statuts des banques centrales autour de certains standards communs, faits pour garantir notamment leur autonomie face aux gouvernements des États membres. Cette convergence est imposée par l'article 131 TFUE selon lequel « *Chaque État membre veille à la compatibilité de sa législation nationale, y compris les statuts de sa banque centrale nationale, avec les traités et les statuts du SEBC et de la BCE.* ». Elle s'impose aux membres souhaitant entrer dans l'Union monétaire ; elle était imposée aux membres qui participent déjà. Le traité ne précise pas le contenu concret de cette obligation.

F. Martucci identifie un « *bloc de compatibilité* » auquel les statuts des BCN doivent se conformer⁶⁹³. Il est composé de règles de droit primaire et de droit dérivé. Il le fait au moyen des exigences convergentes de la BCE et de la Commission en la matière. Au niveau institutionnel, il s'agit du respect du principe d'indépendance qui ne se limite pas à la BCE mais bien à l'ensemble des BCN⁶⁹⁴. Ainsi, lorsqu'elle examine la convergence juridique, « *La BCE est particulièrement préoccupée par tout signe de pressions s'exerçant sur les organes de décision de la BCN de chaque État membre* »⁶⁹⁵. F. Martucci estime que le non respect de ces exigences par une BCN, membre de l'Eurosystème, sera sanctionné par le biais du principe de primauté, rendant inexistante toute mesure contraire⁶⁹⁶.

Le traité assure ainsi l'indépendance des gouverneurs face aux gouvernements des États membres. Leur indépendance va d'ailleurs au delà des gouvernements et s'étend aux banques centrales elles-mêmes. Comme le précisent C. Zilioli et M. Selmayr, les gouverneurs ne représentent par leurs BCN, mais ils siègent au sein du conseil en tant qu'experts⁶⁹⁷. Ils sont d'ailleurs soumis à un code de conduite adopté sous la forme d'un protocole d'accord entre tous les membres du conseil⁶⁹⁸. Le code de conduite rappelle l'interdiction faite aux membres du conseil d'accepter ou de solliciter les instructions provenant d'institutions ou d'organes

⁶⁹² Nous empruntons ici le terme, et le raisonnement, de F. Martucci (voir MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, pp. 219-224).

⁶⁹³ *Idem*, p. 220.

⁶⁹⁴ Voir l'art. 130 TFUE : « *Dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés par les traités et les statuts du SEBC et de la BCE, ni la Banque centrale européenne, ni une banque centrale nationale, ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions, organes ou organismes de l'Union, des gouvernements des États membres ou de tout autre organisme* » (nous soulignons).

⁶⁹⁵ BCE, *Rapport sur la convergence 2010 – Mai 2010*, BCE, 2010, p. 16.

⁶⁹⁶ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 223.

⁶⁹⁷ « *the governors are legally completely disconnected from the decision-making bodies of their national central banks when they debate in the Governing Council or cast their votes. In fact, article 108 EC prohibits not only the Community institutions and Member States to instruct the members of the ECB's decision making bodies, but also "any other body" – a very broad wording which also includes the national central banks* » ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 89.

⁶⁹⁸ Protocole d'accord relatif à un Code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, JO n° C 123 du 24.5.2002, p. 9 modifié par le Protocole d'accord modifiant le protocole d'accord relatif à un code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, précité.

communautaires et nationaux⁶⁹⁹. Il étend cette indépendance au secteur privé⁷⁰⁰ et entend prévenir tous conflits d'intérêts auxquels les membres pourraient être soumis⁷⁰¹. Malgré ces précautions, le fait dominant reste la règle d'un membre par BCN. La réforme du conseil fera sauter, lorsqu'elle sera mise en œuvre, ce dernier rempart hérité de l'intergouvernementalisme.

2) La « dénationalisation » : la réforme du conseil en vue de l'élargissement

Cette « dénationalisation »⁷⁰² des gouverneurs membres du conseil s'est intensifiée depuis l'amendement des statuts sur ce point, sous l'impulsion du traité de Nice avec en perspective l'élargissement de la zone euro, découlant de celui de l'Union⁷⁰³. Le système issu de cette réforme, qui constitue l'article 10 paragraphe 2 des statuts, n'a rien de sibyllin même s'il « concilie de façon audacieuse la supériorité économique des uns avec la supériorité numérique des autres »⁷⁰⁴. Le principal risque d'un élargissement du conseil était de noyer les intérêts des grands États, et surtout celui de leurs économies, au sein de petits États⁷⁰⁵. La réforme était prévue pour entrer en vigueur lorsque le nombre de membres du conseil serait supérieur à vingt et un, donc lorsque la zone euro comptera plus de quinze membres. Le nombre de voix attribuées aux gouverneurs ne pourra dépasser quinze. Sans entrer dans les détails complexes de la réforme, elle établit un système de rotation entre les gouverneurs répartis dans plusieurs groupes. Deux ou trois groupes⁷⁰⁶ de gouverneurs se répartiront les quinze voix. Les groupes seront formés en prenant la part du PIB de l'État et la part de ses

⁶⁹⁹ *Idem*, art. 3 §1.

⁷⁰⁰ *Idem*, art. 3§3 à 3§6.

⁷⁰¹ *Idem*, art. 4.

⁷⁰² L'expression est des C. Zilioli et M. Selmayr (ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 90) et a été reprise par F. Martucci (MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, p. 225).

⁷⁰³ Le traité de Nice amendait le statut – en insérant un nouvel article 10.6 – en prévoyant une procédure *ad hoc* d'amendements limitées à l'adaptation du fonctionnement du Conseil à l'élargissement (le texte est reproduit par J.-V. Louis, voir *L'Union européenne et sa monnaie – Commentaire Mégret*, précité, p. 182). La procédure devait débiter par une proposition de la BCE ou de la Commission. Le Conseil devait statuer à l'unanimité après consultation de Parlement et de la BCE ou de la Commission, selon de qui émanait l'initiative. Enfin il appartenait à chaque État membre de ratifier l'amendement. La BCE a été la première à soumettre une proposition (recommandation, formulée en vertu de l'article 10.6 des statuts du système européen de banques centrales et de la BCE, de décision du Conseil relative à une modification de l'article 10.2 des statuts du système européen de banques centrales et de la BCE (BCE/2003/1) JO n° C 29 du 7.2.2003, pp. 6-11) qui a été adoptée, malgré l'opposition du Parlement, par le Conseil européen le 21 mars 2003 (décision 2003/223/CE, JO L 83 du 1.4.2003, pp. 66-68). Pour plus de précision sur le déroulement de la réforme et le fond voir, LOUIS *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 179-185 ; SERVAIS D., « The enlargement of the euro area : its impact on the ECB governing council », précité, et ALLEMAND F., « L'audace raisonnée de la réforme de la Banque centrale européenne », *RMCUE*, 2003 n° 469, pp. 391-398.

⁷⁰⁴ ALLEMAND F., « L'audace raisonnée de la réforme de la Banque centrale européenne », précité, p. 397.

⁷⁰⁵ « *The question was therefore raised whether it would be acceptable for the political bodies, the markets and the public opinion, that a majority of Governing Council members might come from countries representing only a small share of the economic activity of the total euro area* » SERVAIS D., « The enlargement of the euro area : its impact on the ECB governing council », précité p. 335.

⁷⁰⁶ Il y aura deux groupes tant qu'il y aura entre 16 et 21 membres dans la zone euro et trois à partir de 22 membres.

institutions financières monétaires dans ceux de la zone euro⁷⁰⁷, permettant ainsi de prendre en compte l'économie dans son ensemble et le poids du secteur monétaire et financier. Les gouverneurs se répartiront au sein des groupes. Chaque groupe ayant un nombre de voix inférieur – ou égal, rarement – au nombre de gouverneurs qu'il contient, ils voteront alors à tour de rôle⁷⁰⁸. Il faut retenir de cette réforme que les gouverneurs continuent de voter personnellement et ne représentent pas leur groupe. Les gouverneurs des BCN qui ne votent pas sont tout de même présents aux réunions. La réforme permet une représentation équitable de chaque économie. Depuis le 1^{er} janvier 2009 et l'entrée de la Slovaquie dans la zone euro, le conseil des gouverneurs comporte plus de vingt et un membres. Or, en vertu de l'article 10 paragraphe 2 du Statut, le conseil des gouverneurs a décidé⁷⁰⁹ – à la majorité des deux tiers – de différer l'application de la réforme jusqu'à ce que la zone euro compte dix huit membres⁷¹⁰. Le conseil des gouverneurs justifie sa décision au nom de la complexité du système mis en place⁷¹¹, qu'il a pourtant lui-même proposé. Ce système de rotation, et son report, évoque celui prévu par le traité de Lisbonne quant à la composition de la Commission⁷¹². Il semble plus facile de prévoir des systèmes de rotation et beaucoup plus délicat de les mettre en œuvre lorsque l'échéance approche. Le principal argument pour ce type de système est d'éviter de transformer les organes en assemblées délibérantes. C'est un argument valable. Néanmoins, à partir du moment où tous les membres participent aux réunions, même sans voter, le risque d'interminables tergiversations reste grand⁷¹³. Surtout

⁷⁰⁷ Avec une pondération respective de 5/6 et de 1/6.

⁷⁰⁸ Les modalités pratiques de répartition et de calcul du nombre de voix sont assez complexes. D. Servais a envisagé tous les cas dans son article précité, pp. 341-342.

⁷⁰⁹ Décision de la Banque centrale européenne du 19 mars 2009 modifiant la décision BCE/2004/2 du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (2009/328/CE) (BCE/2009/5), JO n° L 100 du 18.4.2009, p. 10–11.

⁷¹⁰ Il semble d'ailleurs que ce report soit sans incidence sur le résultat des délibérations. La révision du fonctionnement du conseil des gouverneurs a inspiré les économistes qui ont cherché à modéliser les nouvelles modalités de prises de décision et ainsi tester les résultats des différents systèmes de vote. Comme souvent, le résultat dépend des hypothèses sur lesquelles les auteurs se basent. Certains sont arrivés à la conclusion que le changement du mode d'organisation n'a que peu d'incidence sur la qualité des mesures adoptées, et notamment le taux directeur (voir BENASSY-QUERE A. & TURKISCH E., « The ECB Governing Council in an Enlarged Euro Area », *JCMS*, 2009 n°1, pp. 25-53).

⁷¹¹ « *Après en avoir longuement délibéré, le conseil des gouverneurs a conclu que l'application différée du système de rotation jusqu'à ce que le nombre de gouverneurs soit supérieur à dix-huit comporte plus d'avantages que l'application du système de rotation lorsque le nombre de gouverneurs est supérieur à quinze, dans la mesure où elle permet d'éviter l'introduction d'éléments de complexité supplémentaires dans le système de rotation transitoire à deux groupes. Par conséquent, il convient de différer l'application du système de rotation jusqu'à ce que le nombre de gouverneurs soit supérieur à dix-huit* », considérant 4 de la décision BCE/2004/2 du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (2009/328/CE) (BCE/2009/5), précité.

⁷¹² Art. 17 §5 TFUE.

⁷¹³ Il faut aussi rappeler que la formation plénière de la Cour de Justice n'a pas disparue. Elle est prévue pour la démission du médiateur (art. 228 §2 TFUE), d'un membre de la Commission (articles 245 paragraphe 2 et 247 TFUE) et d'un membre de la Cour des comptes (article 286 §6 TFUE) ou lorsqu'une affaire « *revêt une importance exceptionnelle* » (article 17 des Statuts de la Cour de Justice). L'assemblée plénière dépasse de loin le nombre de membres du conseil des gouverneurs. Il est curieux que la démission des membres du directoire, la BCE ayant le statut d'institution, ne soit pas aussi soumise à l'Assemblée plénière.

que depuis l'origine, le conseil des gouverneurs se targue de ne pas voter mais de décider par consensus, apparaissant encore plus, avec la pratique, comme un collège d'experts. Cette « dénationalisation » du conseil est fondamentale car en tant qu'organe de décision principal de l'Eurosystème, il ne peut apparaître comme partial mais doit être vu comme étant au service de l'intérêt général de la zone euro, qu'il est chargé de formuler.

B. *Un organe aux pouvoirs de direction du système*

Le Conseil des gouverneurs est « *le centre du pouvoir monétaire* »⁷¹⁴. Un débat existait, déjà au moment de l'élaboration des Statuts, sur le rôle respectif à confier à chaque organe et lequel doit jouir du pouvoir de décision monétaire. Le système actuel, mis en place par l'article 12 du Statut, garantit un équilibre entre l'exigence de centralisation et de permanence du pouvoir monétaire et celle de représentativité des grandes décisions de politique monétaire⁷¹⁵. Le directoire a en charge la gestion quotidienne de la BCE, y compris la préparation des réunions du conseil des gouverneurs qu'il peut ainsi influencer. L'action du directoire est enfermée dans le cadre que définit pour lui, et pour l'ensemble de l'Eurosystème, le conseil des gouverneurs⁷¹⁶. Le rôle du conseil des gouverneurs est double : il est l'auteur des actes normatifs gouvernant l'Eurosystème (1) et il doit déterminer sa politique monétaire (2).

1) Un « législateur »

Il n'est pas un législateur au sens propre du terme, il n'adopte pas d'acte législatif⁷¹⁷. Néanmoins, comme le dit Etienne de Lehoneux « *le conseil exerce (...) le pouvoir assurément formidable d'émettre des actes analogues aux actes adoptés par la Communauté* »⁷¹⁸. Les cas dans lesquels il peut adopter ce type d'acte ont été énumérés par les Statuts. Une vision d'ensemble de ce pouvoir permet de le considérer comme le « législateur » du système. Cette position est confirmée par l'article 17 paragraphe 1 du Règlement intérieur de la BCE selon lequel : « *Le conseil des gouverneurs arrête les règlements de la BCE* ». Son domaine central d'intervention est celui qui lui est confié par l'article 12 paragraphe 1 du Statut, selon lequel il « *arrête les orientations et prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions*

⁷¹⁴ CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité, p. 404.

⁷¹⁵ J.-V. Louis rappelle que cette disposition est issue d'un débat du Comité des gouverneurs au sein duquel deux positions s'affrontaient entre les tenants d'une centralisation des pouvoirs aux mains du directoire et ceux souhaitant confier la plus de pouvoirs possible aux gouverneurs, voir, LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 292 et DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, précité, p. 17.

⁷¹⁶ « *Behind each activity of the Executive Board and the national central banks there is thus a major policy decision taken by the Governing Council* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 86.

⁷¹⁷ Sur cette notion voir *supra*.

⁷¹⁸ de LHONEUX E., « Du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne », précité, p. 247. Nous souscrivons au jugement porté par l'auteur. Néanmoins, la formulation pourrait faire croire que les actes adoptés par le conseil des gouverneurs n'appartiennent pas au droit de l'Union. Or, ils font partie intégrante du droit dérivé. Ce sont des actes analogues à ceux adoptés par le triangle institutionnel lorsqu'il légifère.

confiées au SEBC par les traités et le présent statut ». Le terme d'orientation utilisé ici a donné naissance aux « orientations ». Le terme de « décision » est à prendre au sens large car le conseil peut ici adopter aussi bien des décisions, au sens de l'article 288 alinéa 4 du TFUE que des règlements au sens de l'alinéa 2 du même article. Il s'est servi de cette compétence générale pour organiser le cadre de mise en œuvre de la politique monétaire dans une très longue orientation⁷¹⁹. A côté de ce pouvoir général, les Statuts – parfois de manière surabondante – lui confient une compétence réglementaire spéciale. Ainsi, l'article 19 paragraphe 1 l'autorise à fixer « *les modalités de calcul et la détermination du montant exigé* » des réserves obligatoires. Ce pouvoir a été mis en œuvre au moyen d'un règlement⁷²⁰. Le conseil des gouverneurs s'est affranchi de ces bases juridiques. En matière de systèmes de paiement, l'article 22 des Statuts lui ouvre la possibilité d'adopter des règlements. Il a surtout pris, dans ce domaine, des orientations et notamment l'orientation BCE/2007/2 relative au système TARGET 2⁷²¹.

Ensuite, lorsque le traité prévoit une intervention du Conseil⁷²² celui-ci pourra accorder au conseil des gouverneurs un pouvoir réglementaire. Ainsi, en matière statistique, les Statuts accordent aux institutions monétaires le pouvoir de récolter des statistiques, sous l'égide du Conseil. Ce dernier, dans un règlement du 23 novembre 1998⁷²³ a ouvert un nouveau champ au pouvoir réglementaire de la BCE⁷²⁴ à son article 5. Le conseil des gouverneurs a mis en œuvre cette disposition à plusieurs reprises⁷²⁵.

Enfin, sa compétence réglementaire s'étend aussi à la fonction publique. C'est au conseil qu'échoit la responsabilité de déterminer les conditions d'emploi des membres du directoire, selon l'article 11.3 du statut. De manière plus globale, c'est lui qui adopte le « *régime applicable au personnel de la BCE* »⁷²⁶. Il a adopté ce régime sous la forme d'une décision⁷²⁷.

719 Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), précité. Elle a été remplacée par l'Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14) (BCE/2011/14), précité.

720 Règlement 1745/2003/CE de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

721 Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), JO L n° 237 du 8.9.2007, pp. 1-70 (ce texte a été modifié à de nombreuses reprises, une version consolidée est disponible en ligne, www.ecb.eu, nous nous baserons sur la version consolidée qui ne contient cependant pas l'orientation de la BCE du 14 octobre 2011 modifiant l'orientation BCE/2007/2 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2011/15), JO n° L 279 du 26.10.2011, pp. 5-7). Aucune des bases juridiques citées par cette orientation n'évoque la notion d'orientation.

722 Voir *supra*, Chapitre précédent.

723 Règlement 2533/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne, JO n° L 318 du 27.11.1998, pp. 8-19.

724 Dans ces cas là, le pouvoir est exercé par le Conseil des gouverneurs conformément à l'article 17 du Règlement intérieur.

725 Règlement 63/2002/CE de la BCE du 20 décembre 2001 concernant les statistiques sur les taux d'intérêt appliqués par les institutions financières monétaires aux dépôts et crédits vis-à-vis des ménages et des sociétés non financières (BCE/2001/18), JO n° L 10 du 12.1.2002, pp. 24-46 ou le règlement 25/2009/CE de la BCE du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (Refonte) (BCE/2008/32), JO n° L 15 du 20.1.2009, pp. 14-62.

726 Art. 36 des Statuts.

Ainsi, l'ensemble du domaine de compétence de l'Eurosystème est soumis au pouvoir normatif du conseil des gouverneurs. Il est évident que le conseil des gouverneurs dispose d'une compétence normative globale sur l'ensemble de l'Eurosystème. Il aurait été plus simple et plus clair de le dire ainsi.

2) Un directeur

Le conseil des gouverneurs dispose non seulement d'un pouvoir d'organisation de l'Eurosystème, mais aussi d'un pouvoir de direction de ce dernier. Il « *définit la politique monétaire de l'Union* », d'après l'article 12 des Statuts. Son rôle le plus médiatique et emblématique est de fixer le taux principal des opérations principales de refinancement – dit taux directeur – de l'Eurosystème⁷²⁸ ; cette tâche est explicitement mentionnée par les Statuts⁷²⁹. Le conseil se réunit deux fois par mois, l'une de ses réunions est consacrée à la politique monétaire. Cette notion ne peut être aisément appréhendée juridiquement⁷³⁰. Elle consiste en une série d'opérations jouant sur les interdépendances économiques entre la banque centrale et les acteurs du marché financier⁷³¹. Pour cela, l'Eurosystème dispose d'une série d'instruments que les Statuts mettent à sa disposition : réserves de change, opérations d'*open-market*, etc. La majorité de ces opérations se fait au taux défini par le conseil des gouverneurs. Plus qu'une mesure technique, c'est un symbole – très suivi par les marchés et la société civile en général – des orientations de la politique monétaire et de l'état de l'économie dans son ensemble. Le conseil des gouverneurs est en charge de définir les conditions dans lesquelles l'Eurosystème va conduire ces opérations⁷³² et notamment la détermination du taux d'intérêt. Après chaque réunion, le gouverneur de la BCE annonce le résultat des délibérations et notamment les raisons ayant poussé le conseil à modifier – ou non

2

⁷²⁷ Décision de la BCE du 9 juin 1998 relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la BCE, modifiée le 31 mars 1999 (BCE/1998/4), précité.

⁷²⁸ « *L'action la plus connue porte sur la réalisation de la première mission du Conseil, qui est la conduite de la politique monétaire. L'attention du public est surtout concentrée sur les décisions de stratégie à moyen terme de la politique monétaire et sur les modifications de taux d'intérêt des opérations conclues entre l'Eurosystème et les banques établies dans la zone euro* », de LEHONNEUX E., « Du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne », précité, p. 247.

⁷²⁹ Art. 12 §1 des Statuts : « *Le conseil des gouverneurs arrête les orientations et prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC par les traités et les présents statuts. Le conseil des gouverneurs définit la politique monétaire de l'Union, y compris, le cas échéant, les décisions concernant les objectifs monétaires intermédiaires, les taux directeurs et l'approvisionnement en réserves dans le SEBC, et arrête les orientations nécessaires à leur exécution* ».

⁷³⁰ « *Another element of the provision which lacks precision is the concept of "monetary policy". What, exactly, does that mean? There is no definition of what constitutes "monetary policy" in the Treaty or in secondary legislation. In my thesis on the European Central Bank I gave a definition along the following lines: monetary policy constitutes all activities and operations that are, or may be, conducive to the stability of the currency* », SMITS R., « Law of the Economic and Monetary Union », *RCADI*, 2002, pp. 313-422, ici p. 379. Voir aussi SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, p. 196.

⁷³¹ Nous reviendrons sur ces mécanismes. Pour une description de ces mécanismes voir ECB, *The monetary policy of the ECB*, ECB, Francfort, 2011 ; notamment pp. 59-61. Pour une approche juridique voir, MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosystème – Pouvoirs », précité, §35-41.

⁷³² Voir, Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14) (BCE/2011/14), précité.

– le taux directeur. Ces réunions ont pris une importance considérable depuis le déclenchement des crises financières et économiques. La mise en place par le système de mesures dites « non conventionnelles » a fourni des réponses adéquates à la crise et a permis de rassurer les marchés. Ce faisant, la crise a aussi testé l'efficacité des mécanismes de prise de décision. L'opposition ouverte d'A. Weber – ancien président de la Bundesbank et membre du conseil – et de J. Starck – ancien membre du directoire – à ces mesures a montré l'efficacité du système de vote à la majorité, permettant de contourner le dogmatisme monétaire allemand.

Ce rôle de direction générale de l'Eurosystème est amplifié par quelques tâches symboliques, mais importantes, qui lui sont confiées par les statuts. En lien avec la conduite de la politique monétaire, il peut autoriser – à la majorité des deux tiers – de recourir à d'autres types d'opérations de politique monétaire que celles prévues par les statuts⁷³³. Il garde aussi le contrôle sur la quantité de monnaie fiduciaire en circulation. Ainsi, c'est lui qui « *est seul habilité à autoriser l'émission de billets de banque en euro* ». C'est aussi à lui qu'il revient de demander à la Cour de justice de démettre un membre du directoire⁷³⁴. Enfin, il décide des augmentations de capital de la BCE en vertu de l'article 28.2 du Statut. La plus importante a eu lieu en 2010 où le capital de la BCE a été doublé atteignant ainsi plus de 10 milliards d'euros⁷³⁵.

Si on ne considérait que ses pouvoirs, le conseil des gouverneurs pourrait être qualifié de supranational. La large place qu'il fait, dans sa composition, aux gouverneurs issus des administrations des États membres empêche d'aller aussi loin dans la qualification. Cependant, le conseil des gouverneurs – et avec lui l'ensemble de l'Eurosystème – s'inspire des modes de fonctionnement de l'Union. L'Union se caractérise par un « *intergouvernementalisme tempéré* »⁷³⁶. L'architecture de l'Eurosystème ne cherche pas à copier le duo Commission / Conseil mais à reprendre l'idée de base de la méthode communautaire qui est la coopération permanente entre des organes supranationaux et communautaires, entre l'Union et les États membres.

Section 2 - L'Eurosystème : héritier de la méthode communautaire

Définir la méthode communautaire semble aussi délicat que de définir la supranationalité⁷³⁷. Il semble d'ailleurs parfois que, notamment dans la littérature anglo-saxonne, les deux notions

⁷³³ Art. 20 des Statuts.

⁷³⁴ Art. 11 §4 des Statuts.

⁷³⁵ Décision de la Banque centrale européenne du 13 décembre 2010 concernant l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne (2011/20/UE) (BCE/2010/26), JO n° L 011 du 15.01.2011 p. 53.

⁷³⁶ MANIN P., « La "méthode communautaire" : changement et permanence » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 213-237, ici p. 216.

⁷³⁷ « *Si la référence à la "méthode communautaire" est fréquente, il n'en découle pas pour autant que l'on ait toujours une vue claire de son contenu.* », *idem*, p. 214.

se confondent. En réalité, la supranationalité est un élément central de la méthode communautaire. Elle ne peut pourtant pas se limiter à cela. La méthode communautaire est avant tout une méthode de collaboration par laquelle le pouvoir est divisé entre des institutions intergouvernementales et d'autres supranationales ayant, par définition, un pouvoir de contrainte sur les premières⁷³⁸.

Cette constante collaboration intervient à tous les stades de l'action de l'Union. Elle oblige à un dialogue permanent entre organes de l'Union et organes nationaux, comme c'est le cas au sein de l'Eurosystème entre le directoire et les gouverneurs des BCN (§1). Ensuite, au niveau de la mise en œuvre des normes adoptées par l'Union, elles seront prioritairement mises en œuvre au sein des États membres, sous la constante tutelle de la Commission. Ainsi au sein de l'Eurosystème, les BCN mettent en œuvre les normes du système, sous l'égide de la BCE (§2).

§.1 - L'héritage dans la méthode d'élaboration des normes

Il est possible d'interpréter l'instauration du COREPER ou de la comitologie comme un affaiblissement de la méthode communautaire⁷³⁹. Le premier est un comité où se rassemblent les représentants permanents du Conseil chargé de préparer ses réunions et de débattre en amont des textes. La comitologie recouvre l'encadrement des fonctions d'exécution confiées à la Commission par des comités composés de représentants des États membres qu'elle doit consulter avant de pouvoir adopter les textes d'exécution⁷⁴⁰. Il semble au contraire que ce soit une évolution plutôt caractéristique de ce qu'est réellement la méthode communautaire : une méthode de collaboration sous la nécessaire supervision – directe ou indirecte – d'autorités supranationales⁷⁴¹.

⁷³⁸ « L'on posera comme axiome – simple, sinon simpliste – qu'il n'existe qu'un seul moyen de "tempérer" l'intergouvernementalisme. Il consiste à confier des pouvoirs à des organes qui ne sont pas de "nature intergouvernementale", c'est à dire qui ne sont pas composés de représentants des gouvernements des États membres ayant pour fonction de négocier entre eux. », *idem*, p. 217. Voir aussi l'approche de S. Roland : « la fameuse méthode communautaire ou supranationale s'organise autour d'institutions intégrées, qui de surcroît fonctionnent de concert, les actes juridiques résultant, sur la base d'une initiative de la Commission, d'un travail d'amendement associant un Conseil se prononçant en principe à la majorité et d'un Parlement européen associé selon des degrés divers à la prise de décision. » ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, p. 19.

⁷³⁹ Sur le Coreper voir MANIN P., « La "méthode communautaire" : changement et permanence », précité, p. 225-226.

⁷⁴⁰ Les modalités sont détaillées dans le règlement 182/2011/UE du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, JO n° L 55 du 28.2.2011, p. 13-18. Pour une analyse de ce texte voir BLUMANN C., « Un nouveau départ pour la comitologie », *CDE*, 2011 n°1, p. 23-52.

⁷⁴¹ Comme le constate R. Dehousse : « les États – petits et grands – n'ont ni une confiance innée en leurs partenaires ni une tendance spontanée à la coopération ; ils ne s'engagent souvent dans cette voie que sous l'emprise de la nécessité – d'où la nécessité d'institutions qui facilitent les convergences de vues et assurent la bonne application des décisions communes », DEHOUSSE R., « La méthode communauté a-t-elle encore un avenir ? », *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 95-107, ici p. 99.

J. de Areilza oppose deux visions de la supranationalité, l'une qu'il nomme "souveraineté" et l'autre "management"⁷⁴². Son approche suggère plusieurs remarques. Tout d'abord, une confusion dans l'appréhension de la notion de supranationalité : celle-ci désigne les caractéristiques d'un organe et pour parler d'un processus il faut parler de méthode communautaire. Or, c'est de cela qu'il parle. La première vision, basée sur la structure constitutionnelle de l'Union, aurait perdu sa force explicative avec le déclin de l'État au niveau communautaire⁷⁴³. Celui-ci aurait éclaté en une multitude d'entités représentées au niveau communautaire, se mêlant avec la Commission et des acteurs privés dans un processus appelé "management"⁷⁴⁴.

La réalité qu'il décrit est juste, mais son appréhension semble trop globalisante. L'État n'a pas disparu, il reste présent au niveau de la prise de décision. Mais comme l'a montré l'introduction, l'État s'est décomposé en différentes entités qui coopèrent entre-elles au niveau communautaire. Ainsi se sont développés de nombreux comités, dont le Comité des représentants permanents (dit Coreper), comme des enceintes de collaboration permanente permettant de formuler l'intérêt communautaire. Cette technique est reprise par l'Eurosystème dans son fonctionnement (A). Ensuite, pour l'adoption des normes⁷⁴⁵, la méthode communautaire se caractérise, notamment, par la majorité qualifiée au sein du Conseil qui permet de sortir de la pure représentation des États membres. Au contraire, cela impose la création d'un esprit de corps autour de l'intérêt communautaire concrétisé par les normes adoptées. La même démarche est reprise au sein de l'Eurosystème, notamment au Conseil des gouverneurs avec la règle un homme – une voix (B).

⁷⁴² AREILZA de J., « Sovereignty of Management – The Dual Character of the EC's supranationalism Revisited », *Jean Monnet Working Papers*, 1995 n°2, <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/95/9502ind.html>

⁷⁴³ « *The sovereign paradigm, that focuses on the constitutional structure of the EC, and describes the changing legal and political rules of an evolving non-unitary polity, has lost a lot of its explanatory force. The state is not the dominant actor in the EC nor is the prevailing paradigm for EC action and growth* », *ibidem*.

⁷⁴⁴ « *Since the mid-seventies, the politics of integration have been increasingly defined around a fragmented set of decision-making processes, managed by rather autonomous groups of EC "policy-makers", a term that includes national officials, the EC's own civil servants and different parts of European society. Today the choice and content of EC actions are defined to a great degree by permanent bureaucratic interaction and lobbying, which focus on very specific problem-solving practices* », *idem*.

⁷⁴⁵ Il convient de rappeler qu'ici, ces processus ont lieu successivement mais aussi parfois dans des sphères différentes. Ainsi, la comitologie intervient au stade de l'élaboration de normes d'exécution normative du droit de l'Union alors que l'adoption symbiotique au stade du processus législatif. La comitologie a été la technique la plus étudiée, alors que l'activité des comités intervenant dans l'élaboration des normes législatives (au niveau de la Commission et du Conseil) n'a pas fait l'objet d'une littérature abondante ; obligeant ainsi à se référer à celle sur les comités. Même si ces derniers interviennent au stade de l'exécution normative, ils participent à l'élaboration de normes comme le précise le J. Neyer : « *la comitologie comme une réaction des États membres aux besoins d'une procédure d'élaboration des normes à la fois efficace et respectant le caractère intrinsèquement politique de la construction du marché* » (NEYER J., « The Comitology Challenge to Analytical Integration Theory » in JORGERS C. & VOS E., *EU Committees : Social Regulation, Law and Politics*, Hart Publishing, Portland, 1999, p. 225 cité par CAUNES K., « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... Retour vers le futur de la comitologie », *RTDE*, 2007, n° 2, pp. 297-346, ici p. 324).

A. Une élaboration concertée des normes

L'élaboration des normes, législatives ou exécutives, au sein de l'Union n'est pas souvent décrite. Elle est souvent le fruit d'un travail obscur de négociations entre la Commission, le Parlement et le Conseil⁷⁴⁶. Une constante apparaît cependant : la nécessité d'un travail collectif préalable au sein de diverses enceintes. Des comités d'experts rattachés au Conseil⁷⁴⁷ ainsi que, parfois, le Coreper participent à l'élaboration des normes législatives. De même, la Commission consulte fréquemment des groupes d'experts afin d'élaborer ses propositions législatives⁷⁴⁸. À l'exception du Coreper⁷⁴⁹, le travail de ces comités demeure relativement obscur et n'a pas fait l'objet d'une doctrine abondante. J. de Areilza estime, à ce propos, que : « *La Commission dépend grandement des conseils reçus d'experts indépendants, de fonctionnaires nationaux et d'acteurs sociaux intéressés, dont la plupart participent à l'élaboration concrète des législations* »⁷⁵⁰. La pratique récente des accords précoces entre la Commission, le Conseil et le Parlement confirme cette tendance. Ainsi, les propositions de la Commissions sont élaborées avec les groupes d'experts du Conseil ainsi que les commissions compétentes du Parlement⁷⁵¹. Cette pratique reste cependant « *excessivement opaque* »⁷⁵². En revanche, au stade de l'exécution normative, la préparation des normes se fait à l'aide des comités dit « comitologie », qui ont fait, eux, l'objet d'une doctrine abondante. La doctrine a, en premier lieu, analysé les modalités de fonctionnement de la comitologie⁷⁵³. De manière

⁷⁴⁶ Certains pans de ce processus ont été éclaircis par une étude récente publiée sur le site de Notre Europe : COSTA O., DEHOUSSE R. & TRAKALOVA A., « La codécision et les "accords précoces" : Progrès ou détournement de la procédure législative », *Notre Europe*, Etudes & Recherches n° 84, 48 p..

⁷⁴⁷ « *Comme on le sait, la Commission est en charge de l'élaboration des propositions législatives. Elle consulte pour ce faire les groupes d'experts du Conseil et, de plus en plus, échange avec la commission parlementaire compétente au PE* », *idem*, p. 15.

⁷⁴⁸ La Commission a cherché récemment à rationaliser cette pratique. Son président a adopté en 2010 une communication en ce sens (Communication du Président à la Commission, du 10 mai 2011 (C2010) 7649 final, Encadrement des groupes d'experts de la Commission : règles horizontales et registre public, SEC (2010) 1360 final). Elle précise (p. 3) utiliser les groupes d'experts dans l'élaboration d'acte législatifs, délégués ou exécutifs. Ils sont composés de manière variable et comportent fréquemment des représentants nationaux mais aussi des représentants des secteurs intéressés (Règle n°8, p. 10).

⁷⁴⁹ Voir notamment SIMON D. & CONSTANTINESCO V. (dir), *Le COREPER dans tous ses États*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2000, 148 p., et SAURON J.-L., *Droit communautaire et décision nationale : le processus décisionnel national dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit communautaire*, LGDJ, Paris, 1998, 211p..

⁷⁵⁰ « *The Commission relies heavily on advice given therein mostly by independent experts, national civil servants and interested social actors, most of whom participate in the actual drafting of legislation. Oftentimes, national civil servants in Council working groups also have a first look at proposals before they are formally tabled.* », AREILZA de J., « Sovereignty of Management – The Dual Character of the EC's surpanationalism Revisited », précité

⁷⁵¹ COSTA O., DEHOUSSE R. & TRAKALOVA A., *La codécision et les « accords précoces » : Progrès ou détournement de la procédure législative*, précité, p. 15 et suivantes.

⁷⁵² *Idem*, p. 33. Cette opacité vaut même pour les membres du Parlement.

⁷⁵³ C. Blumann a suivi l'ensemble des évolutions de cette pratique dans de nombreux articles. Voir notamment, BLUMANN C., « Le pouvoir exécutif de la commission à la lumière de l'Acte unique européen », *RTDE*, 1988, pp. 23-59 et plus précisément pp. 45-59 et, pour une étude des nouvelles modalités de la comitologie, BLUMANN C., « Une nouvelle forme de comitologie. La décision du 17 juillet 2006, instaurant la procédure de réglementation et de contrôle », *ADE*, 2006, Vol. IV, pp. 345-364. Pour une vue d'ensemble voir BLUMANN C., « Comitologie et administration indirecte » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruyant, Bruxelles, 2009, pp. 139-158. Pour une mise à jour du dernière règlement comitologie BLUMANN C., « Un nouveau départ pour la comitologie »,

plus dynamique, comme le dit le C. Blumann : « *La comitologie constitue à n'en pas douter une des caractéristiques de ce fédéralisme coopératif auquel semble correspondre par bien des traits l'Union européenne* »⁷⁵⁴. C'est en tant que tel que la doctrine l'a ensuite étudiée. C'est sur ces secondes analyses que nous allons nous baser pour montrer que cette multiplication des comités traduit l'exigence d'un contact constant entre toutes les composantes de l'Union au cours de l'élaboration des normes, notamment techniques (1). L'Eurosystème n'échappe pas à cette constante du fonctionnement de l'Union, accroissant encore plus le mimétisme de son fonctionnement interne avec celui de l'Union (2).

1) La coopération permanente, l'essence de la méthode communautaire

Le Professeur Manin a décrit la méthode communautaire en faisant référence au cadre institutionnel dans lequel le processus normatif principal, celui qui conduit à l'adoption de règlements et de directives par le Conseil et le Parlement suite à une initiative de la Commission, s'inscrit. Les fondamentaux d'une telle méthode peuvent être généralisés.

Certains traits caractéristiques se retrouvent dans l'ensemble des processus décisionnels de l'Union, y compris l'Eurosystème. Au cœur de ces traits, se trouve l'idée de coopération. « *l'ordre constitutionnel communautaire repose ainsi sur un principe de coopération équilibrée des différents organes* »⁷⁵⁵. La méthode communautaire permet d'arriver à une solution équitablement acceptable pour l'ensemble des participants – l'intérêt communautaire⁷⁵⁶ – grâce à un processus discursif continu entre les États membres et sous l'égide de la supranationalité, que ce soit une institution supranationale ou un vote à la majorité qualifiée. L'intervention du caractère supranational permet parfois de forcer la négociation et l'émergence d'une position commune. Il ne faut pas y voir l'effacement des États membres, ils restent au contraire au cœur du système. La méthode communautaire leur offre une nouvelle manière d'organiser leurs relations. Ainsi, la comitologie ne doit pas être vue comme une déformation de la méthode, mais comme l'une de ses déclinaisons et la plus intéressante.

2

précité. Sur ce thème, voir aussi, JACQUÉ J.-P., « L'éternel retour – Réflexions sur la comitologie » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 211-224 et JORDA J., « L'art d'exécuter le droit communautaire – une lecture de la comitologie – », in *L'Union européenne : Union de droits, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, p. 271-282.

Dans son dernier article C. Blumann précise la différence entre les comités comitologie et la myriade de comités qui entourent la Commission. Les premiers sont là pour assister la Commission dans sa fonction de mise en œuvre normative du droit de l'Union. Ils sont issus de la décision du Conseil, du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (1999/468/CE, JO n° L 184 du 17.7.1999, pp. 23-26). Les seconds exercent une fonction de conseils quotidiens. Les premiers sont les plus encadrés et ceux qui répondent à nos préoccupations qui vont suivre car ils sont statutairement composés de représentants des États membres (voir les articles 3 §1, 4 §1 et 5 §1 de la décision précitée).

⁷⁵⁴ BLUMANN C., « Comitologie et administration indirecte » précité p. 150.

⁷⁵⁵ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 258.

⁷⁵⁶ *Idem*, p. 92-96. Pour D. Simon, le traité est un « "contrat social" fondateur » qui « suppose, d'une part, que soit reconnue l'existence d'un intérêt commun, qui ne recouvre pas nécessairement la somme algébrique des intérêts individuels, et le cas échéant d'un intérêt général autonome de la Communauté, qui ne se réduise pas au seul ajustement des intérêts particuliers de chacune de ses composantes », p. 92.

Le rôle crucial des États membres ainsi que l'évolution que leur impose l'Union ont été résumés par le Professeur Wessels sous l'idée de fusion. Pour lui, la fusion se caractérise par un exercice du pouvoir au sein de l'Union qui n'est imputable ni aux États, ni aux institutions mais à une fusion des deux systèmes⁷⁵⁷. Le rôle joué par les États membres dans ce système est central et ne doit pas être vu comme une tentative de reprise de contrôle de l'Union⁷⁵⁸. Au contraire, elle leur offre une nouvelle perspective qu'ils peuvent construire tous ensemble, sous l'impulsion et le contrôle de la supranationalité⁷⁵⁹. La décision ne résulte pas uniquement de l'agrégation des intérêts des États membres mais de leur fusion, rendue possible par l'intervention d'institutions et de procédures supranationales⁷⁶⁰. La comitologie est, pour lui, une illustration de la « *fusion en pleine action* »⁷⁶¹. Son émergence n'est pas le fruit du hasard, mais dérive de la nature du processus de fusion en cours entre les États membres au niveau de l'Union. Il explique que la comitologie impose aux représentants des États membres de présenter leurs solutions et de devoir convaincre les autres, ayant d'autres idées en tête, qu'elle sera la plus efficace⁷⁶².

Ce processus discursif est caractéristique de l'Union, il a été présenté conjointement par les Professeurs Joerges et Neyer sous l'idée de « *supranationalité délibérative* ». A l'inverse de W. Wessels, ils sont partis d'une étude de la comitologie⁷⁶³ pour former une théorie plus globale⁷⁶⁴. Ils la rattachent au vocabulaire de la supranationalité. C'est une erreur. Le

⁷⁵⁷ « *fusion means (...) a 'merger' of public resources located at several 'state' – levels for which the 'outside world', i.e. the average European citizen but also many experts, cannot trace the accountability, as responsibilities for specific policies are diffused* », WESSELS W., « An Ever Closer Fusion? A Dynamic Macropolitical View on Integration Processes », *JCMS*, 1997 n°2, pp. 267-299, ici p. 274. Pour une application de cette théorie au cas de l'UEM dans sa globalité voir : WESSELS W., « EMU and political union » in Commission européenne, *L'Union européenne et l'euro : aspects économiques, institutionnels et internationaux*, OPOCE, 2000, pp. 195-201.

⁷⁵⁸ « *It would be one-sided to view the broad and intensive involvement of national civil servant as a 'watchdog exercise', as 'Trojan horse' in the Commission's own yard because, for the Commission and the national side, the early continuous interlocking ('engrenage') of all relevant actors is an important element for calculable joint management in the EU's policy cycle* », *idem*, p. 281.

⁷⁵⁹ « *The fusion thesis assumes that in the EU system national actors are looking for a 'third way'. As national governments realize that in their own interests, successful problem-solving must go beyond patterns of mere co-operation, they have installed specific procedures. Strong supranational institutions, especially the Commission and the Court, and decision-making procedures such as majority voting, increase the efficiency and the effectiveness of the EU in the enlightened self-interest of Member States* », *idem*, p. 287.

⁷⁶⁰ Lorsque nous parlons de procédures supranationales, il ne s'agit pas de la définition de la supranationalité que nous avons donnée plus haut. Cette idée évoque, notamment, le vote à la majorité qualifiée qui permet de dépasser les opinions propres des États membres, voire de les contraindre.

⁷⁶¹ « *comitology committees are (...) a necessary and in-built element of the merger of several systems demonstrating 'fusion in action'* », WESSELS W., « Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system », *JEPP*, 1998, pp. 209-234, ici p. 217.

⁷⁶² « *in committees, national civil servants are confronted with other, different actors. In comitology committees, Commission fonctionnaires play a decisive role and national civil servants have to convince colleagues with different political and administrative culture as well as different interests.* », *idem*, p. 228.

⁷⁶³ Voir leur premier article sur ce thème, JOERGES C. & NEYER J., « From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology », *ELJ*, 1997 n°3, pp. 273-299

⁷⁶⁴ JOERGES C. & NEYER J., « "Deliberative Supranationalism" Revisited », *EUI Working Papers*, Law n° 2006/20, 32p.. Il se décompose de deux articles individuels : « The Deliberative Turn in Integration Theory » de Jürgen Neyer et « European Law as Conflict of Laws » de Christian Joerges. Ce dernier article a été repris, dans

processus qu'ils décrivent est celui de coopération entre les États membres et les institutions de l'Union, il se rapproche plus de l'idée de méthode communautaire. Comme W. Wessels, ils voient dans la comitologie une illustration de l'intrication entre les États et les institutions supranationales⁷⁶⁵. En permettant de prendre constamment en compte les points de vue de l'ensemble des États, la comitologie représente une méthode efficace pour formuler l'intérêt communautaire⁷⁶⁶. Au cœur de ce système, se trouve la confrontation constante des intérêts des différents acteurs permettant la formulation d'un intérêt supérieur grâce à la discussion⁷⁶⁷. Comme le dit le R. Dehousse : « *contrairement à une opinion largement répandue, la méthode communautaire caractérise avant tout le processus de prise de décisions, plutôt que les résultats auxquels celles-ci aboutissent* »⁷⁶⁸. Or, l'ensemble du processus de décision est construit autour d'une collaboration permanente⁷⁶⁹. C. Blumann parle alors, à propos de la comitologie, « *d'une sorte d'osmose* »⁷⁷⁰. Ainsi, la prise de décision au sein du Conseil passe par l'étape indispensable du COREPER. Or, du fait de leur composition – faite majoritairement ou totalement – de représentants des États membres, les conclusions dressées précédemment pour la comitologie s'appliquent *mutatis mutandis* au COREPER⁷⁷¹ et les comités créés auprès de lui⁷⁷². De même, la prise de décision au sein du Conseil – bien que majoritairement possible à la majorité qualifiée – ne passe que très rarement par le vote. La majorité qualifiée pousse les membres du Conseil à rechercher un compromis mais aussi à en accepter un qui ne serait pas totalement satisfaisant, plutôt que d'être mis en minorité sur un

2

un version légèrement modifiée : JOERGES C., « 'Deliberative Political Processes' Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making », *JCMS*, 2006 n° 4, p. 779.

⁷⁶⁵ « *Comitology (...) must rather be interpreted as positively evidencing that transnational markets can be governed by institutions representing 'more than a regime and less than a federation'. (...) the emergence of governance structures which can no longer be attributed to either nation-states or a supranational state-like entity* », JOERGES C. & NEYER J., « From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology », précité, p. 292.

⁷⁶⁶ Voir, *idem*, p. 298.

⁷⁶⁷ « *The establishment of non-hierarchical governance structures turns out to be an indispensable prerequisite of the functioning of the Common Market. This type of governance will depend upon persuasion, argument and discursive processes rather than on command, control and/or strategic action.* », *ibidem*.

⁷⁶⁸ DEHOUSSE R., « La méthode communautaire » in DEHOUSSE R. (dir), *Politique Européennes*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques, Paris, 2009, p. 13 ici p. 21.

⁷⁶⁹ Pour un approche concrète des modes de réflexion au sein de ces enceintes et surtout du phénomène d'eupéanisation des représentants nationaux dans ces enceintes ; voir l'étude menée auprès de représentants de la Suède et de la Norvège : TRONDAL J. & VEGGELAND F., « Access, voice and loyalty: the representation of domestic civil servants in the EU committees », *JEPP*, 2003 n° 1, p. 59.

⁷⁷⁰ BLUMANN C., « Comitologie et administration indirecte », précité, p. 150. Pour une étude pratique montrant que la comitologie comprend, à la fois, des éléments supranationaux et intergouvernementaux et réussit à les concilier voir, BLOM-HANSEN J. & BRANDSMA G.J., « The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism? », *JCMS*, 2009, Vol. 47 n° 4, pp. 719-740.

⁷⁷¹ Voir JACQUE J.-P., « L'autorité discrète du Comité des représentants permanents » in *L'Union européenne : Union de droits, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 255-270.

⁷⁷² « *Des comités ou des groupes de travail peuvent être institués par le Coreper, ou avec son aval, pour l'accomplissement de certaines tâches de préparation ou d'étude préalablement définies.* », article 19 paragraphe 3 de la décision du Conseil du 1er décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur (2009/937.UE), JO n° L 325 du 11.12.2009, p. 35.

texte insatisfaisant pour eux⁷⁷³. Ainsi « *on pourrait définir la méthode communautaire comme reposant sur des actions juridiques contraignantes et exécutoires, prises selon des procédures institutionnalisées, dans un système caractérisé par une grande dispersion de l'autorité* »⁷⁷⁴. Ces procédures institutionnalisées ont comme spécificité d'ouvrir des espaces de discussions, le plus souvent sous une pression supranationale, au sein desquels l'intérêt communautaire peut être formalisé. L'Eurosystème n'échappe pas à cette spécificité. Au contraire, on y retrouve l'ensemble des caractères de la méthode communautaire ainsi définie, à commencer par le rôle central des comités.

2) L'apparition d'une coopération permanente au sein de l'Eurosystème : les comités de l'Eurosystème

L'instauration de comités au sein de l'Eurosystème n'était prévue ni par le traité, ni par les Statuts⁷⁷⁵. Leur création s'est révélée rapidement nécessaire. Avant que se décide l'Union monétaire, des comités fonctionnaient dans ce domaine ; notamment le Comité des gouverneurs mis en place en 1964 et qui avait, lui-même, des sous comités⁷⁷⁶. Logiquement, l'Institut monétaire européen, disposait aussi de comités⁷⁷⁷. C'est naturellement que l'article 9 du Règlement intérieur de la BCE a prévu l'institution de « *comités du SEBC/de l'Eurosystème* ».

A l'image des comités comitologie ou des groupes d'experts au sein de l'Union, ils sont devenus indispensables au fonctionnement de l'Eurosystème. Néanmoins, contrairement à eux, ils n'ont pas uniquement pour but d'aider l'Eurosystème dans la mise en œuvre normative d'actes adoptés ailleurs. Ils « *assistent les organes de décision de la BCE dans l'accomplissement de leurs tâches* »⁷⁷⁸. L'analogie est pourtant possible. Le degré de

⁷⁷³ « *l'unanimité est pénalisante, chaque participant jouissant d'un droit de véto. A l'inverse, la décision majoritaire facilite la décision... même lorsqu'on ne vote pas ! Les études du processus décisionnel démontrent que les votes ne représentent que 20% des décisions. Mais la simple prise de décision à la majorité encourage les différents protagonistes à rechercher un compromis.* » DEHOUSSE R., « La méthode communautaire », précité, p. 18.

Sur le fonctionnement du vote au sein du Conseil voir NOVAK S., *La prise de décision au Conseil de l'Union européenne – Pratique du vote et du consensus*, Dalloz, Paris, 2011, 245p. L'auteur étudie la pratique du consensus qui évite, dans la majorité des cas, de passer par un vote formel. Elle décrit cette pratique ainsi : « *le président du Conseil fait une synthèse des débats, émet une proposition et, si personne n'objecte, affirme que sa proposition est adoptée* » (p. 13).

⁷⁷⁴ DEHOUSSE R., « La méthode communautaire », précité, p. 19.

⁷⁷⁵ Ces derniers prévoient seulement un comité, composé de trois membres nommés par le conseil des gouverneurs et trois par le Conseil, pour l'élaboration des Statuts du personnel de la BCE (art. 11 §3 des Statuts).

⁷⁷⁶ Décision du Conseil, du 8 mai 1964, concernant la collaboration entre les banques centrales des États membres de la Communauté économique européenne (64/300/CEE), JO n° 77 du 21.5.1964, pp. 1206–1207 ; modifiée par la décision du Conseil, du 22 mars 1971, relative au renforcement de la collaboration entre les banques centrales des États membres de la Communauté économique européenne (71/142/CEE), JO n° L 73 du 27.3.1971, p. 14. Pour plus de précisions sur ce thème voir CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité, pp. 67-76.

⁷⁷⁷ Voir IME, *Rapport Annuel 1994*, IME, Frankfurt, 1995, p. 78 : « *Dans l'exercice de ses missions, le Conseil de l'IME est aidé par plusieurs comités et groupes de travail (...) Les sous-comités et groupes de travail, composés d'experts des banques centrales nationales, ont été créés à l'époque du Comité des gouverneurs ; le Conseil de l'IME a décidé qu'ils poursuivraient leurs activités.* »

⁷⁷⁸ *Idem*, art. 9 §1.

technicité des actes adoptés par la BCE et par la Commission, sous la supervision des comités comitologie, est sensiblement le même. La tâche de tous ces comités est d'aider à préparer des décisions techniques.

Leur composition est empreinte de la même logique. Les comités comitologie composés « *des représentants des États membres (...) est présidé par un représentant de la Commission.* »⁷⁷⁹. Les comités de l'Eurosystème sont « *composés de deux membres au plus de chaque BCN de l'Eurosystème et de la BCE (...). En principe, le président est un membre du personnel de la BCE* »⁷⁸⁰. Cependant, ces membres ne sont pas des représentants des BCN mais du gouverneur, suivant ainsi la logique voulant qu'au sein de la BCE les gouverneurs ne représentent pas leur BCN mais interviennent en tant qu'experts. Les comités sont créés par le conseil des gouverneurs. Treize principaux comités ont été mis en place⁷⁸¹.

Le rôle des comités de l'Eurosystème est plus large que celui de ceux rattachés à la Commission et se rapproche plus de ceux rattachés au Conseil. Néanmoins, leur raison d'être est la même. Les comités n'ont pas seulement été institués pour permettre aux États de garder le contrôle sur les mesures d'exécution prises par la Commission. Leur nécessité dérive aussi de « *causes techniques, tenant à la complexité croissante des dossiers* »⁷⁸². Face à cette complexité, les États membres sont souvent mieux armés que la Commission, disposant de moins d'expérience et de moins de ressources – humaines notamment⁷⁸³. La même raison a prévalu pour la mise en place des comités de l'Eurosystème. Les BCN ont une expérience beaucoup plus longue que la BCE, elles disposent de beaucoup plus de personnel. Ainsi, au sein des comités, peuvent être partagés et discutés les meilleures solutions⁷⁸⁴. Ils interviennent à tous les stades de l'action de l'Eurosystème⁷⁸⁵. En premier lieu, au niveau de la préparation

⁷⁷⁹ Art. 3 §2 du Règlement 182/2011/UE du Parlement Européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission, précité.

⁷⁸⁰ Art. 9 §2 du Règlement intérieur de la BCE.

⁷⁸¹ Le comité de la comptabilité et du revenu monétaire (AMICO), le comité des billets (BANCO), le comité de la surveillance bancaire (BSC), le comité de la communication externe de l'Eurosystème/du SEBC, le comité des systèmes d'information (ITC), le comité de l'audit interne (IAC), le comité des relations internationales (IRC), le comité de pilotage informatique de l'Eurosystème (EISC), le comité juridique (LEGCO), le comité des opérations de marché (MOC), le comité de politique monétaire (MPC), le comité des systèmes de paiement et de règlement (PSSC), le comité des statistiques (STC). On trouve à leurs côtés le comité budgétaire (BUCOM) et la Conférence sur les ressources humaines (HRC)

⁷⁸² BLUMANN C., « La Commission, agent d'exécution du droit communautaire – La comitologie » in LOUIS J.-V. & WAELBROECK D. (dir), *La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, pp. 49-70, ici p. 51.

⁷⁸³ Comme le dit Karine Caunes : « *les administrations nationales constituent les véritables experts des spécificités des marchés nationaux et sont les mieux à même de négocier l'exécution du droit communautaire tout en assurant la préservation des intérêts nationaux fondamentaux* ». Ainsi, la comitologie « *représente une solution pragmatique de compromis établissant un système hybride important au cœur de l'administration directe européenne stricto sensu les compétences humaines et techniques et surtout de contrôle des administrations nationales.* » ; CAUNES K., « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... Retour vers le futur de la comitologie », précité, (respectivement) p. 314 et 315.

⁷⁸⁴ Voir, JUNG A., MONGELLI F.P. & MOUTOT P., « How are the Eurosystem's Monetary Policy Decisions Prepared? A Roadmap », précité, p. 335.

⁷⁸⁵ *Idem*, pp. 337-339

des décisions, les comités permettent de réunir des informations venues de l'ensemble des BCN et de débattre des propositions de la BCE. En ce qui concerne la mise en œuvre des décisions prises qui incombe principalement aux BCN. Les décisions qu'elles vont prendre sont coordonnées par la BCE, et le plus souvent par l'un des comités. Les comités permettent ainsi d'améliorer la qualité technique des décisions prises par l'Eurosystème et de leur mise en œuvre.

Cela démontre une fois de plus la nécessité de la coopération permanente qui caractérise l'Eurosystème. Néanmoins, au niveau de la prise de décision, celle-ci doit être beaucoup plus « institutionnalisée » – pour reprendre le terme de R. Dehousse – notamment en ne créant pas des instances où les volontés nationales s'affrontent mais des collègues cherchant à dégager l'intérêt communautaire. L'élaboration technique d'un acte peut se faire par un processus discursif permettant de dégager la solution la plus efficace. Son adoption soulève des problèmes plus conflictuels car la solution la plus efficace n'est pas toujours la plus acceptable par tous. On retrouve cependant une logique similaire où la collaboration constante reste la règle.

B. Une adoption symbiotique⁷⁸⁶ des normes

Les comités représentent une déclinaison particulière de la méthode communautaire, dont la plus connue, la plus étudiée et la plus structurée est celle qui conduit à l'élaboration des actes législatifs de l'Union. Cette procédure permet de dégager l'intérêt communautaire, qui va dicter le contenu des actes. Elle est le fruit de la réunion d'une triple légitimité : la légitimité nationale du Conseil, supranationale de la Commission et démocratique de Parlement. Ces trois institutions agissent en symbiose pour dégager cet intérêt (1). On ne retrouve pas une telle procédure au sein de l'Eurosystème. Néanmoins, la structure du collège des gouverneurs et ses modalités de vote permettent de réunir la légitimité supranationale du directoire et l'expertise nationale des gouverneurs pour dégager l'intérêt monétaire de la zone euro (2).

1) La symbiose : condition indispensable à l'apparition de l'intérêt communautaire

Les rapports interinstitutionnels sont complexes et gouvernés par de nombreux principes et procédures. La méthode communautaire est avant tout une méthode de prise de décision. C'est sous cet angle que seront examinés ici les rapports interinstitutionnels. Le processus législatif au sein de l'Union est long et technique, il repose sur une interaction entre trois institutions : la Commission, le Conseil et le Parlement ayant pour but d'adopter un acte législatif représentant l'intérêt communautaire. La formulation de cet intérêt est issue de la confrontation des intérêts de chacune des institutions qui devront ensuite s'entendre pour dégager un intérêt commun. Formuler un tel intérêt repose sur un fonctionnement symbiotique des institutions entre elles car : « *la notion de symbiose implique la nécessité de s'entendre, de parvenir à un accord : la confrontation n'est en effet que l'étape initiale d'un*

⁷⁸⁶ Nous empruntons la notion de symbiose à S. Roland. ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs – Recherches sur la distribution des pouvoirs législatifs et exécutifs dans la Communauté*, précité, p. 348.

processus décisionnel qui, pour aboutir, doit déboucher sur une fusion au moins partielle des points de vue, qui doit nécessairement permettre d'amalgamer les intérêts particuliers portés par chacune des institutions en une décision commune »⁷⁸⁷.

L'intérêt communautaire résulte d'abord de la confrontation de différentes légitimités. Sur ce point, les travaux de P. Pescatore sont fondamentaux. C'est le premier à avoir identifié la légitimité propre à chaque institution : « *La structure communautaire comporte en effet, en dehors du Conseil, qui s'apparente encore aux organes internationaux représentatifs d'États, trois institutions qui donnent corps, chacune, à des valeurs et à des forces distinctes : la Commission comme gardienne de l'intérêt commun ; le Parlement comme expression des forces populaires ; la Cour de Justice enfin, comme garante des valeurs juridiques.* »⁷⁸⁸. D. Simon est venu affiner cette classification. Pour lui « *la Commission apparaît comme le dépositaire d'une légitimité intégrative (...), les organes interétatiques comme l'expression d'une légitimité intergouvernementale (...), le Parlement comme l'expression d'une légitimité démocratique* »⁷⁸⁹.

La formulation de l'intérêt communautaire résulte de la « *collaboration fonctionnelle* »⁷⁹⁰ de ces trois institutions et ainsi de la confrontation, puis de la symbiose de leurs légitimités. L'adoption d'un acte législatif, par la procédure législative ordinaire, résulte impérativement de l'expression de ces trois légitimités. La légitimité intégrative de la Commission est indispensable car elle dispose du monopole de l'initiative législative⁷⁹¹. Elle partage, dans les domaines de sa compétence, ce monopole avec la BCE qui peut parfois apparaître comme dépositaire d'une légitimité monétaire. La légitimité intergouvernementale et la légitimité démocratique doivent absolument fusionner, car ni le Parlement, ni le Conseil ne peuvent avoir le dernier mot. La légitimité intégrative continue à s'exprimer dans ce processus, la Commission pouvant favoriser les amendements qui lui conviennent. Ainsi « *l'accord des volontés opère une liaison entre les institutions, les rend solidaires les unes des autres : de ce que les décisions sont adoptées en commun, il résulte en effet qu'elles ne sont imputables à aucune institution prise isolément. En d'autres termes, les trois volontés organiques se fondent pour n'en former plus qu'une seule, celle de la Communauté dans sa totalité* »⁷⁹². Le même type de processus est à l'œuvre au sein de l'Eurosystème où deux légitimités se fondent

⁷⁸⁷ *Idem*, p. 349.

⁷⁸⁸ PESCATORE P., *Le droit de l'intégration – Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Sitjhoff-Leiden, 1972 réimpression Bruylant, Bruxelles, 2005, 100p. (nous citerons cette dernière édition), ici p. 15.

⁷⁸⁹ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 183.

⁷⁹⁰ *Idem*, p. 258. Sur ce thème voir, BLIN O., « 50 ans de Commission européenne ou la légitimité intégrative en question » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 287-321

⁷⁹¹ Aujourd'hui, les rôles d'initiative de la Commission tend à se réduire. Selon une étude récente, seuls 5% des textes adoptés résultent d'une initiative « *autonome* » de la Commission. La majorité d'entre elles émanent de mandat du Parlement, du Conseil et du Conseil européen, voir PONZANO P., HERMANIN C. & CORONA D., « Le pouvoir d'initiative de la Commission européenne : une érosion progressive », *Notre Europe*, Études et recherches n° 89, 56 p., voir pp. 2-3.

⁷⁹² ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs – Recherches sur la distribution des pouvoirs législatifs et exécutifs dans la Communauté*, précité, p. 350.

en une pour former un organe collégial responsable de la formulation de l'intérêt monétaire de l'Union.

2) La symbiose du conseil des gouverneurs : gage de sa neutralité

La prise de décision au sein de l'Eurosystème ne résulte pas du fonctionnement symbiotique de plusieurs institutions, représentatives de plusieurs légitimités. La symbiose ne s'opère pas par la procédure décisionnelle mais par la composition de l'organe responsable. Deux légitimités s'y retrouvent : celle du directoire, légitimité intégrative au sein de l'Eurosystème – au même titre que la Commission au sein de l'Union – et une légitimité nationale des gouverneurs des BCN. Comme nous l'avons vu, les gouverneurs ne représentent pas les États membres, ni leurs BCN. Ils tirent cependant leur légitimité des États membres, qui les nomment et ils peuvent être influencés par les situations nationales. Il n'y a là rien de grave. Les modalités de fonctionnement du conseil des gouverneurs permettent de faire émerger la collégialité de l'ensemble des membres, la symbiose de leurs légitimités. Il importe uniquement que les membres, comme le précise leur code de conduite, s'emploient à « *agir dans l'intérêt général de la zone euro* »⁷⁹³.

La collégialité émane du traité. Il cherche non seulement à assurer l'indépendance des gouverneurs afin qu'il ne représentent pas leur États, mais aussi à créer entre eux un esprit de corps propice à formuler l'intérêt monétaire de la zone euro. La Cour de justice a érigé la collégialité de la Commission en condition indispensable de la prise de décision par ce collègue⁷⁹⁴. Pour elle, la collégialité implique à la fois l'égalité des membres et le caractère collectif de leur responsabilité⁷⁹⁵. Il ne fait aucun doute qu'elle en ferait de même avec le conseil des gouverneurs. Une telle solution vient renforcer la volonté des rédacteurs du traité d'en faire un collège d'experts, mené par le président, le vice-président et l'ensemble du directoire ; organe supranational. La règle centrale permettant d'atteindre ce résultat est celle d'un homme / une voix, propre à assurer la neutralité des gouverneurs⁷⁹⁶. Les voix ne sont pas pondérées en fonction du poids des États membres. « *Le principe un homme/une voix tend à refléter le fait que les gouverneurs ne représentent pas leur État. Ils forment avec les*

⁷⁹³ Art. 3 §2 du Protocole d'accord relatif à un Code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, précité.

⁷⁹⁴ CJCE, 23 septembre 1986, AZKO Chemie c. Commission, aff. 5/85, Rec. 1986 p. 02585 et CJCE, 15 juin 1994, Commission c. BASF et autres, aff. C-137/92 P, Rec. 1994 p. I-02555. Les deux affaires étaient relatives à des procédures d'infraction en matière de concurrence. Dans la première affaire, la Cour a estimé que le principe de collégialité n'était pas violé par une délégation par le collège à un seul commissaire du pouvoir d'adopter de « *simples décisions de gestion* » (§38). En revanche, dans la seconde affaire, seul le collège peut prendre des décisions au sens du traité et ce pouvoir ne peut être délégué. Il doit être exercé collégalement (§67).

⁷⁹⁵ « *Le principe de collégialité repose sur l'égalité des membres de la Commission dans la participation à la prise de décision et implique, notamment, d'une part, que les décisions soient délibérées en commun et, d'autre part, que tous les membres du collège soient collectivement responsables, sur le plan politique, de l'ensemble des décisions arrêtées* », CJCE, 23 septembre 1986, AZKO Chemie c. Commission, précité, §30.

⁷⁹⁶ Cette règle issue de l'article 10 paragraphe 2 des Statuts. Dans certains cas exceptionnels, le vote du Conseil est pondéré et la majorité qualifiée prévaut. Il s'agit des cas relatifs au capital et au patrimoine de la banque. Les gouverneurs sont alors les représentants des BCN, actionnaires de la BCE dont elles détiennent le capital. La pondération des voix correspond à la part respective de chaque BCN dans le capital de la BCE.

membres du directoire, un collège arrêtant ses décisions à la majorité »⁷⁹⁷. Cet esprit de corps se concrétise par l'absence quasi totale de vote⁷⁹⁸. Les décisions sont prises à l'unanimité grâce à ce que D. Servais appelle un « *consensus dynamique* »⁷⁹⁹. Il consiste en une négociation menée par le Président, cherchant à contenter les vues de chacun, sous l'emprise de la menace d'un vote où certains peuvent être mis en minorité.

Néanmoins, comme le précisent D. Gros et L. Bini Smaghi, au delà d'un système de vote, c'est un mode de pensée qu'il faut changer. Les membres du conseil des gouverneurs doivent apprendre à penser selon un mode de pensée européen⁸⁰⁰. Cette tâche est d'autant plus ardue que les fonctions quotidiennes des gouverneurs restent nationales⁸⁰¹. Le rôle du directoire, et de son président, est ici fondamental. Dépositaire d'une légitimité intégrative, il doit guider les gouverneurs vers les solutions les plus propices pour la zone euro. Il est cependant indispensable que chaque gouverneur, qui ne dispose de toute façon que d'une voix, puisse apporter une caution nationale à la décision finale.

Certaines déclarations d'anciens membres du conseil confirment cette symbiose des intérêts. Plutôt que des explications, une citation – certes un peu longue – de l'ancien président de la BCE Willem Duisenberg permet de mieux comprendre ce phénomène. « *Au sujet de la prise de décision, nous devons apprendre – et nous étions de bons élèves – qu'en tant que membres du conseil des gouverneurs nous sommes nommés ad personam. Nous ne représentons ni notre banque centrale, ni le pays dont nous sommes originaires. Nous devons toujours penser avec en tête l'intérêt le plus large de la zone euro. Je me souviens – et*

⁷⁹⁷ LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, p. 66. Voir pour une opinion concordante, CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité, p. 405.

⁷⁹⁸ « *Le conseil est conçu comme un organe de décision. Toutefois sa caractéristique et l'homogénéité de ses membres semblent devoir exclure une relation majorité-minorité. Le recours formel au vote ne paraît d'ailleurs pas très fréquent* », de LHONEUX E., « Du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne », précité, p. 245.

⁷⁹⁹ « *Today, Governing Council decisions are mainly taken by consensus. However, in practice, "consensus" is applied in a rather dynamic way: it does not mean that decisions are postponed until all members of the Governing Council agree. On the contrary, when the positions of most Governing Council members are known and diverging, the President often makes a proposal taking into account the majority view and the other members are invited to join the majority, knowing that in the end, the decision can be taken by a simple majority anyway. Such a "dynamic consensus" reinforce the collegiate character taken by the Governing Council and the team spirit among its members* », SERVAIS D., « The enlargement of the euro area : its impact on the ECB governing council », précité p. 346. Voir pour une analyse concordante, DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, pp. 21-22.

⁸⁰⁰ Le même type d'esprit de corps a été observé au sein de COREPER ou des comités de comitologie où à force de négocier ensemble, détaché des administrations nationales, les membres développent une vue plus européenne que propre à leurs États membres. Voir sur ce thème l'étude pratique menée auprès de représentants Suédois et Norvégien au niveau de l'Union par J. Trondal et F. Veggeland et démontrant qu'ils ne se considèrent pas seulement comme des représentants de leurs États mais comme aussi membres d'un corps européen. TRONDAL J. & VEGGELAND F., « Access, voice and loyalty: the representation of domestic civil servants in the EU committees », précité.

⁸⁰¹ Voir, BINI SMAGHI L. & GROS D., *Open Issues in European Central Banking*, précité, pp. 13-14. Pour ces auteurs, le manque de modèles d'analyse couvrant l'ensemble de la zone euro et le fait que les gouverneurs sont présents majoritairement dans leurs États membres dont ils sont imprégnés de la situation économique risquent d'être un frein à leur dénationalisation. Pour résumer : « *They can be hardly expected to change their way of thinking overnight* ».

maintenant je suis autorisé à faire référence à cet incident – la première fois que le conseil a pris une décision de diminuer les taux d'intérêt, en avril 1999. Quelques jours avant que nous nous retrouvions, j'avais pour habitude d'appeler mes collègues du conseil, pour leur annoncer qu'il seraient probablement confrontés à une proposition de changement des taux d'intérêt, lors de notre prochaine rencontre. J'ai parlé, entre autre, à Matti Vanhalla, notre regretté collègue finlandais. Je lui ai fait part de notre volonté de baisser les taux d'intérêt ; il a éructé au téléphone "Oh non, pas pour la Finlande". Quand j'ai commencé à râler, il m'a dit "Arrête, Wim, je sais ce que tu vas me dire. Je dois avoir en tête une perspective pour l'ensemble de la zone euro". J'ai dit "Précisément, Matti". Il a répondu "Bon, j'y ai déjà réfléchi. Tu as mon soutien" »⁸⁰².

La crise a cependant mis à jour les oppositions doctrinales au sein du Conseil des gouverneurs. Le consensus forgé au sein du comité des gouverneurs sur la doctrine monétariste allemande a été remis en cause par les besoins de la crise. Ainsi, A. Weber gouverneur de la Bundesbank jusqu'au 30 avril 2011, s'est vivement opposé dans la presse au programme de marché pour les titres par lesquels la BCE achète des titres d'États membres sur le marché secondaire⁸⁰³. J.-C. Trichet, président de la BCE à l'époque, a dû intervenir publiquement pour rappeler l'unité du conseil des gouverneurs et sa position de porte parole du conseil des gouverneurs⁸⁰⁴. Le président insistait sur la majorité « écrasante » en faveur de ce programme⁸⁰⁵. A. Weber a alors abandonné sa candidature au poste de président de la BCE

⁸⁰² « As regards decision-making, we had to learn – and we were quick learners – that as members of the Governing Council we were members *ad personam*. We represented neither the national central bank nor the country we came from. We always had to think in terms of the euro area's wider interests. I remember – and I am allowed to quote this incident – the first time that the Governing Council took a monetary policy decision to lower interest rates back in April 1999. A couple of days before we actually met, I used to call my colleagues in the Governing Council to announce that it was likely that they would be confronted with a proposal to change interest rates at our forthcoming meeting. I spoke, amongst others, to Matti Vanhalla, our much missed late colleague of Finland. When I told him of the inclination to lower interest rates he shouted to me down the telephone: "Oh no, not for Finland". When I started muttering, he said: "Stop, Wim, I know what you are going to say. I have to take a euro area perspective". I said: "Precisely, Matti". He replied: "Well, I have reflected on it already. You have my support". » DUISENBERG W.F., « Introduction » in *The Eurosystem, the Union and beyond – The single currency and implications for governance – An ECB colloquium held in honour of Tommaso Padoa-Schioppa*, BCE, Frankfurt, 2005, p. 10, ici p. 11. Voir aussi, TRICHET J.-C., « Toward the first decade of Economic and Monetary Union – experiences and perspectives », 28 avril 2008.

⁸⁰³ Décision de la Banque centrale européenne du 14 mai 2010 instaurant un programme pour les marchés de titres (2010/281/UE) (BCE/2010/5), JO n° L 124 du 20.5.2010, pp. 8-9. La décision a été prise le 10 mai 2010. Dès les jours suivants, la presse se faisait l'écho du désaccord d'A. Weber. Au début, il estimait que l'impact du programme devait être limité (voir LACOUR J.-P., « Le président de la Bundesbank critique l'achat de dettes publiques », *Les Échos*, 12 mai 2010). Il a réitéré ses critiques dans les mois suivants, rejoint par J. Starck, le membre allemand du directoire (CRAWFORD D. & BLACKSTONE B., « Bundesbank Attacks ECB Bond-Buying Plan », *The Wall Street Journal*, 1 juin 2010). Ensuite, il a dénoncé l'ineffectivité du programme au mois d'octobre 2010 (voir KOEPPEN N., « Weber Sets Himself Apart from ECB Council », *The Wall Street Journal*, 13 octobre 2010 et BLACKSTONE B., « German Banker's Slide Bares Europe's Drivide », *The Wall Street Journal*, 23 octobre 2010).

⁸⁰⁴ Il est intervenu une première fois début juin 2010 (voir HIAULT R., « Trichet se défend des attaques et milite en faveur du "fédéralisme budgétaire" », *Les Échos*, 1 juin 2010).

⁸⁰⁵ Lorsqu'A. Weber a réitéré ses propos, en octobre, il a haussé le ton (PRANDI M., « Cacophonie à la BCE : Trichet tape du poing sur la table », *Les Échos*, 18 octobre 2008, voir aussi BLACKSTONE B., « Central Bankers in Europe Clash Over Bond Buys », *The Wall Street Journal*, 19 octobre 2010).

Cette question semble encore diviser le conseil des gouverneurs. Ainsi, le gouverneur de la Bundesbank continue d'appeler à la fin du programme pour les marchés de titres et souhaite que l'Eurosystème retrouve son rôle traditionnel (voir WEIDMANN J., « Rebalancing Europe », 28 mars 2012) là où son collègue C. Noyer reste

et J. Starck a démissionné du directoire⁸⁰⁶. Cependant, malgré l'opposition de deux membres du conseil, les décisions ont été adoptées signe de l'efficacité de la construction institutionnelle et sa capacité à assurer la symbiose, même en cas de crise. Cette symbiose-fusion qui s'opère au niveau de l'Union et de l'Eurosystème entre les États ou leurs organes et l'Union se retrouve non seulement dans l'adoption des normes, mais aussi au niveau de leur mise en œuvre. Ici encore l'Eurosystème reprend les grands principes ayant cours dans le reste de l'Union.

§.2 - L'héritage dans la méthode de mise en œuvre des normes

La comitologie répond à l'exigence d'exécution normative des normes. L'exécution administrative, l'exécution quotidienne en contact direct avec les citoyens, n'est pas conduite par l'Union. Au contraire, elle appartient en priorité aux administrations nationales. L'Eurosystème n'échappe pas à cet aspect fondamental du droit de l'Union. La doctrine a l'habitude de dire qu'en son sein la mise en œuvre est « décentralisée » (A). Ni l'Union, ni l'Eurosystème ne peuvent tolérer une absence de mise en œuvre ou une mise en œuvre trop éparse et disparate qui compromettrait l'effet des normes adoptées. Celle-ci se fait toujours sous l'égide d'une institution supranationale, la Commission pour l'Union et la BCE pour l'Eurosystème, avec un rôle déterminant de la Cour de Justice (B).

A. *Une mise en œuvre fondée sur des organes nationaux*

La mise en œuvre du droit de l'Union est caractérisée par l'idée d'administration indirecte, traduisant le fait que l'Union n'exécute la majorité de ses décisions qu'indirectement, par le biais des États membres. Dans l'accomplissement de cette tâche, ceux-ci sont libres, en théorie, de s'organiser comme ils le souhaitent conformément au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale (1). L'Eurosystème reprend ce modèle et est souvent qualifié de « décentralisé » (2).

2

indécis sur la permanence du nouveau visage pris par l'activité des Banques centrales (NOYER C., « L'orthodoxie des banques centrales à l'épreuve d'une période non-orthodoxe », 26 mars 2012) et où le président Draghi déclare que : « *the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro* » (DRAGHI M. « Verbatim of the remarks made by Mario Draghi », 26 juillet 2012).

⁸⁰⁶ Le premier abandonne en février 2011 (LACOUR J.-P., « Axel Weber abandonné la course à la BCE, faute de soutien politique », *Les Échos*, 14 février 2011) et le second en septembre 2011 (voir LACOUR J.-P., « Le départ de Jürgen Starck de la Banque centrale européenne renforce l'impression d'une perte d'influence allemande », *Les Échos*, 14 février 2011).

1) De l'administration indirecte et l'autonomie institutionnelle et procédurale

L'exécution, normative et administrative, du droit de l'Union est confié par le traité aux États membres⁸⁰⁷, l'Union ne peut intervenir que « *Lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiques contraignants de l'UE sont nécessaires* »⁸⁰⁸. Cette solution d'opportunité, fondée sur le manque de moyens – humains notamment des Communautés au moment de leur fondation – et la volonté des États membres de garder le contrôle sur cette branche de l'activité communautaire⁸⁰⁹, a été constitutionnalisée par le traité de Lisbonne.

Auparavant, il n'existait pas de base juridique claire sur laquelle reposait le principe d'exécution du droit de l'Union par les États membres. Celui-ci était sous-entendu par le traité (notamment par l'ancien article 10 TCE⁸¹⁰) et a été précisé par la jurisprudence de la Cour, notamment dans l'affaire *International Fruit Company* où celle-ci estime que « *si en vertu de l'article 5 du traité {devenu 10 TCE puis 4§3 TFUE}, les États membres sont tenus de prendre toutes les mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui découlent du traité, il leur appartient de déterminer les institutions qui, dans l'ordre interne, auront compétence pour prendre lesdites mesures* »⁸¹¹. Ainsi, l'exécution du droit de l'Union par l'État est « *une obligation consubstantielle de son statut de membre* »⁸¹². Elle a donné naissance au principe d'administration indirecte et de son corollaire, celui d'autonomie institutionnelle et procédurale⁸¹³. Ces principes ont toujours connu des exceptions notables dans le domaine du droit de la concurrence et de la politique agricole commune. L'administration indirecte, même si elle comporte d'indéniables avantages⁸¹⁴,

⁸⁰⁷ Voir l'article 291§1 TFUE qui précise que « *Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union* ». Cet article reprend, en substance, le contenu de l'article 10 TCE (ex article 5 TCEE) « *Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission. Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité* ». C'est sur ce fondement qu'est né le principe de coopération loyale que les États doivent respecter dans leurs rapports avec l'Union. Son contenu a aussi été repris dans l'article 4 §3 TFUE, qui consacre l'obligation de coopération loyale.

⁸⁰⁸ Art. 291 §2 TFUE.

⁸⁰⁹ « *L'idée des pères fondateurs, et de Jean Monnet en particulier, était de donner naissance à une organisation supranationale qui pour faire exécuter ses politiques, utiliserait les structures administratives des États membres.* » FRANCHINI C., « *La notions d'administration indirecte et de coadministration* » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 245-265, ici p. 248.

⁸¹⁰ Voir notre supra.

⁸¹¹ CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, Aff. 51 à 54/71, Rec. p. 0110. Sur l'ensemble des bases juridiques de la compétence d'exécution par les États et de leur autonomie voir LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse Lyon 3, Version dactylographiée, p. 41 à 51.

⁸¹² NEFRAMI E., « *L'État membre au service de l'Union européenne* », *ADE*, 2004 Volume II, pp. 51-77, ici p. 52.

⁸¹³ Sur cette notion voir LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité.

⁸¹⁴ « *Le choix de cette méthode d'application décentralisée a notamment permis d'éviter la constitution d'une administration communautaire pléthorique tout en bénéficiant de l'expertise éprouvée d'instances nationales placées ainsi en position de dédoublement fonctionnel* » MEHDI R., « *L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes* », précité, p. 622.

induit un risque de manque d'effectivité de la norme communautaire qui se diluerait dans une mise en œuvre éclectique, changeant d'un État membre à l'autre⁸¹⁵. En réalité, « *De puissants outils d'homogénéisation sont indispensables pour éviter une mise en œuvre fragmentée et diversifiée du droit communautaire.* »⁸¹⁶. Cette mise en œuvre se décompose en une mise en œuvre normative et une mise en œuvre administrative. Sur la première, l'Union réussit à garder un contrôle étroit, notamment grâce à la comitologie qui permet de concilier contrôle des États membres et supervision de la Commission. En revanche, en ce qui concerne l'exécution administrative⁸¹⁷ celle-ci a toujours, en principe, laissé une large marge de manœuvre aux États membres. Elle s'est concrétisée par les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale. Cela fait de l'Union, pour L. Azoulay, un système juridique imparfait⁸¹⁸.

Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale est un principe doctrinal construit à partir de la pratique institutionnelle et de la jurisprudence de la Cour de Justice⁸¹⁹. Il est le pendant naturel de celui d'administration indirecte. La Cour a très tôt estimé que les États membres sont libres d'organiser comme ils le souhaitent leurs administrations chargées d'exécuter le droit de l'Union⁸²⁰. C'est ainsi qu'est né « *le principe fondamental d'autonomie institutionnelle* » sous la plume de J. Rideau⁸²¹. Il est ensuite apparu que c'était non seulement les institutions mais aussi les procédures à suivre devant elles qui doivent être déterminées par les États membres, d'où l'apparition du principe d'autonomie procédurale. Ce versant a fait l'objet d'une jurisprudence beaucoup plus abondante de la Cour, et notamment les arrêts Rewe et Comet du même jour. La Cour estime dans les deux affaires qu'« *en l'absence de*

⁸¹⁵ La Cour le précisait dès l'arrêt Costa : « *La force exécutive du droit communautaire ne saurait (...) varier, d'un État à l'autre* », CJCE, 15 juillet 1964, Costa c. E.N.E.L, 6/64, Rec. p. 01141.

⁸¹⁶ GREVISSE F. & BONICHOT J.-C., « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres » in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991 pp. 297-310, ici p. 300.

⁸¹⁷ « *Conçue comme l'adoption des mesures d'application individuelles ou la réalisation des simples opérations matérielles, l'exécution administrative fait des autorités étatiques de relais d'exécution du droit l'Union* », NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne », précité, p. 56.

⁸¹⁸ « *Ayant chargé les organes supranationaux institués en commun de l'élaboration des actes législatifs, les États membres ont décidé de conserver l'administration de ces actes. De plus, il s'agit d'un système imparfait. Tout système juridique qui se charge de la jurisdictio (formulation des normes) et abandonne l'actio (l'exécution factuelle des normes) aux agents de l'État peut être dit imparfait* », AZOULAI L. « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruyant, Bruxelles, 2009, pp. 1-23, ici p. 2.

⁸¹⁹ « *Conceptualisée, l'idée d'autonomie institutionnelle et procédurale s'appuie donc cumulativement sur la pratique institutionnelle, le droit écrit (qui fait parfois mention expressis verbis d'une telle prérogative étatique), et de la jurisprudence du juge communautaire* », LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, p. 24.

⁸²⁰ Voir CJCE, 15 décembre 1971, International Fruit Company, précité

⁸²¹ RIDEAU J., « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, p. 864-903 : « *le principe fondamental de l'autonomie institutionnelle des États membres domine l'utilisation des systèmes juridiques nationaux. Les organes compétents, les procédures à utiliser pour la mise en œuvre du droit communautaire sont déterminés par les prescriptions constitutionnelles étatiques. La pratique communautaire confirme cette constatation qui se dégage avec une vigueur particulière de la jurisprudence de la Cour des Communautés européennes* », p. 885.

réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »⁸²². Cette autonomie est une condition fondamentale du respect de la diversité des États membres par l'Union.

Néanmoins, la Cour a posé deux principes venant limiter cette autonomie et notamment l'autonomie procédurale, au nom de l'effet utile du droit communautaire. La consécration de ces principes est liée, consubstantiellement, au principe de coopération loyale⁸²³. Ils sont apparus avec les affaires Rewe et Comet précitées. Il s'agit du premier principe, celui dit d'équivalence : le droit de l'Union doit recevoir un traitement équivalent au droit national⁸²⁴. « *L'objectif poursuivi (...) est de faire profiter le droit communautaire de modalités formelles similaires à celles employées pour les seuls besoins du droit interne ou encore de faire en sorte que l'exécution du droit communautaire soit menée aussi efficacement que s'il s'agissait d'exécuter le seul droit interne* »⁸²⁵. Le principe d'effectivité impose, même dans le respect du principe d'équivalence, que les voies de droit ouvertes pour connaître les litiges de droit de l'Union soient efficaces. Il est fréquent de situer l'apparition de ce principe dans les arrêts Deutsche Mikchkontor⁸²⁶ et San Giorgio⁸²⁷, dans le cadre de l'exécution contentieuse du droit communautaire. Il a ensuite été élargi à l'exécution administrative et donc à l'autonomie institutionnelle⁸²⁸. En matière procédurale, ce phénomène a été poussé très loin, avec la

⁸²² CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, 33/76, Rec. 1976 p. 01989, §5 & même date Comet, 45/76, Rec. 1976 p. 02043, §13.

⁸²³ Sur l'enchevêtrement de ces principes, voir LE BARBIER de BRIS M. « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres » in *Le droit de l'Union européenne en principes : liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, 2006, pp. 419-457.

⁸²⁴ Cette affirmation ne va pas sans poser de problèmes de comparabilité des situations nationales et communautaires. Sur ce problème, voir : LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, pp. 261-268.

⁸²⁵ *Idem*, p. 278.

⁸²⁶ « *les modalités prévues par le droit national ne peuvent aboutir à rendre pratiquement impossible la mise en œuvre de la réglementation communautaire* », CJCE, 21 septembre 1983, aff. 205 à 215/82, Rec. p. 02633, §19.

⁸²⁷ « *seraient incompatibles avec le droit communautaire toutes les modalités de preuve dont l'effet est de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'obtention du remboursement de la taxe perçue en violation du droit communautaire.* », CJCE 9 novembre 1983, San Giorgio, aff. 199/82, Rec 1983 p. 3595, §14. Les conditions dans lesquelles l'arrêt est rendu sont particulièrement frappantes. La Cour de Justice avait reconnu, dans l'arrêt Hans Just (CJCE, 27 février 1980, aff. 68/79, Rec. 1981 p. 00501) que les juridictions nationales pouvaient tenir compte, lors du remboursement d'une taxe induement versée par un opérateur, de la répercussion par cet opérateur de cette taxe sur les acheteurs. L'Italie s'est engouffrée dans la brèche et a soumis la répétition de la taxe à un système stricte, notamment documentaire. C'est un tel système que l'arrêt San Giorgio vient condamner.

⁸²⁸ « *Il y a lieu d'observer, à cet égard, qu'il incombe à toutes les autorités des États membres, qu'il s'agisse d'autorités du pouvoir central de l'État, d'autorités d'un État fédéré ou d'autres autorités territoriales, d'assurer le respect des règles du droit communautaire dans le cadre de leurs compétences. En revanche, il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur la répartition des compétences par les règles institutionnelles de chaque État membre et sur les obligations qui peuvent incomber respectivement aux autorités de la République fédérale et à celles des Länder. Elle ne peut que contrôler si l'ensemble de mesures de surveillance et de contrôle établi selon les modalités de l'ordre juridique national est suffisamment efficace pour permettre une*

reconnaissance par exemple du droit à des mesures provisoires là où le droit national l'ignorait⁸²⁹.

Cet encadrement de l'autonomie a été plus développé dans le domaine procédurale que dans celui institutionnel. Dans ce cas, elle tend néanmoins à se réduire, notamment dans le domaine du marché intérieur. La diversité des pratiques administratives nationales, dans ce domaine, est extrêmement préjudiciable à l'achèvement du marché intérieur et induit des entraves à la libre circulation. Avec la multiplication des textes, « *le système devenait ineffectif et par conséquent trop difficile à gérer* »⁸³⁰. La Commission a dû changer d'approche, rationaliser la production législative et « *élaborer des critères d'application opérationnels et de nouveaux instruments de mise en œuvre* »⁸³¹. A propos de cette démarche, pour L. Azoulai « *il est permis d'y voir aussi une profonde transformation de la nature du droit de l'intégration. Plutôt que de développer la machine législative, celui-ci tend à instituer des systèmes d'action dont le but est d'assurer l'obéissance des sujets de droit de la Communauté et de l'Union* »⁸³². L'Eurosystème participe de ce phénomène. C'est pour cela que l'expression « décentralisation » est le plus souvent employée pour décrire le fonctionnement interne du système.

2) L'Eurosystème, un système en apparence « décentralisé »⁸³³

L'Eurosystème est l'un de ces systèmes d'action. Les BCN jouent un rôle central. C'est elles qui sont majoritairement en contact avec les contreparties, les destinataires principaux des actions du système. Le centre de décision reste la BCE, mais ce sont les BCN qui exécutent quotidiennement ces tâches. La doctrine a ainsi défini l'Eurosystème comme étant décentralisé.

La base juridique de cette décentralisation est l'article 12 paragraphe 1 alinéa 3 du statut : « *Dans la mesure jugée possible et adéquate et sans préjudice du présent article, la BCE recourt aux banques centrales nationales pour l'exécution des opérations faisant partie des missions du SEBC* ». La rédaction de cet article est trompeuse à double titre. Tout d'abord, il ne faut pas y voir une illustration ou une application du principe de subsidiarité qui s'applique uniquement en cas de compétence partagée⁸³⁴. Ici il s'agit d'une compétence exclusive de

2

application correcte des prescriptions communautaires. », CJCE, 12 juin 1990, RFA c. Commission, aff. C-8/88, Rec. 1990 p. I-02321, §13.

⁸²⁹ Pour des développements plus substantiels sur ces questions, voire la Section 2 du Chapitre 1 du premier titre de la seconde partie.

⁸³⁰ AZOULAI L. « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », précité 4.

⁸³¹ *Ibidem*. Pour une illustration de ce thème voir notre contribution au colloque organisé par le Centre d'études européennes de l'Université Lyon 3 sur la directive services. ADALID S., « Mécanismes de simplification et de coopération administrative au niveau national : la notion de guichet unique » in FERRARI-BREEUR C. (dir), *La directive services – En principes et en pratique*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 161-180.

⁸³² AZOULAI L. « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », précité 4.

⁸³³ Les modalités concrètes de cette décentralisation seront étudiées en détail dans le premier chapitre du titre 1 de la seconde partie. La qualification de décentralisé sera alors rejetée. Cependant, pour le propos de ce chapitre, cette qualification reste pertinente.

⁸³⁴ Ainsi V. Michel estimait, à propos de ce principe que « *Erigé en principe gouvernant l'action de l'Union, et l'exercice des compétences communautaire, son champ d'application n'est limité que par l'exclusion des*

l'Union⁸³⁵. Mais surtout, l'article semble indiquer que la mise en œuvre par la BCE serait le principe et par les BCN l'exception. Ce principe a été renversé par l'entrée en fonction de la BCE. Comme elle le dit elle-même : « *Pour une majeure partie des activités de l'Eurosystème, la répartition des tâches au sein du système s'inspire du principe de décentralisation* »⁸³⁶. Ainsi, l'exécution de la majorité des tâches de l'Eurosystème a été confiée aux BCN⁸³⁷. « *L'Eurosystème pense globalement et agit localement* »⁸³⁸. En matière de politique monétaire, et plus précisément des opérations de politique monétaire, leurs modalités sont décidées par la BCE ; mais ce sont les BCN qui entrent en contact avec les contreparties⁸³⁹. Le même principe s'applique en matière statistique et en matière d'émission de billets⁸⁴⁰. Il s'en suit que, comme le dit J.-V. Louis, « *Les BCN sont des agents de la politique monétaire centrale* »⁸⁴¹.

Les justifications d'une telle décentralisation rappellent celles justifiant l'autonomie institutionnelle et procédurale. L. Bini Smaghi et D. Gros en mettent en avant trois, avant de les critiquer et de pointer du doigt les vrais motifs qui ont, selon eux, motivé une telle décentralisation. Ainsi, la décentralisation serait imposée par la nécessaire connaissance du système financier national, la préexistence d'infrastructures exploitables au niveau national et la volonté de ne pas renforcer la place financière de Francfort⁸⁴². Pour eux, ces trois arguments ne sauraient être valables. La connaissance locale est indispensable pour bien appréhender les mécanismes de transmission de la politique monétaire mais pas pour sa mise en œuvre⁸⁴³. Ensuite, l'adaptation des infrastructures des BCN a coûté beaucoup plus cher que

2

compétences exclusives », MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, Paris, 2003, 704p, p. 476 (sur le principe de subsidiarité, voir plus largement pp. 476-491).

⁸³⁵ SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, pp. 111-112.

⁸³⁶ BCE, « La répartition des tâches au sein de l'Eurosystème », www.ecb.int.

⁸³⁷ Pour une étude concrète et détaillée de la décentralisation, voir LHONEUX de E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », *Euredia*, 2009, n°3, pp. 455-485.

⁸³⁸ « *The Eurosystem is thinking globally while acting locally* », *idem*, p. 461.

⁸³⁹ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité. L'orientation confie aux BCN l'exécution des opérations suivantes : les facilités permanentes (pt. 1.3.2 de l'annexe 1) « *Les facilités permanentes sont gérées de façon décentralisée par les banques centrales nationales.* », les opérations principales de refinancement (pt. 3.1.2 de l'annexe 1), les opérations de refinancement à plus long terme (pt. 3.1.3 de l'annexe 1), les opérations de réglage fin (pt. 3.1.4 de l'annexe 1) les opérations structurelles (pt. 3.1.5 de l'annexe 1), les opérations fermes (3.2.4 d de l'annexe 1), les émissions de certificats de dette de la BCE (pt. 3.3.4 e de l'annexe 1), les *swaps* de change (pt. 3.4.4 e de l'annexe 1) et les reprises de liquidité en blanc (pt. 3.5.4 e de l'annexe 1). Pour chacune de ces opérations, l'orientation reprend quasiment la même formule : « *elles sont exécutées de manière décentralisée par les banques centrales nationales* ». Dans certains cas, la BCE se réserve le pouvoir de mettre en œuvre directement certaines opérations ; à savoir : les opérations de réglage fin d'*open market* (pt. 1.3.1 c de l'annexe), les opérations de réglage fin sous forme d'opérations de cession temporaire d'*open market*, (pt. 3.1.4 de l'annexe 1), les *swaps* de change, (pt. 3.4.4 « de l'annexe 1) et les reprises de liquidité en blanc (pt. 3.5.4 e) de l'annexe 1).

⁸⁴⁰ Voir MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », précité, § 82.

⁸⁴¹ LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, p. 69.

⁸⁴² BINI SMAGHI L. & GROS D., *Open Issues in European Central Banking*, précité, p. 20.

⁸⁴³ *Ibidem*.

la création d'une infrastructure unique⁸⁴⁴. Enfin, avec la dématérialisation des marchés, la localisation géographique de la BCE importe peu⁸⁴⁵. « *La raison principale de la décentralisation réside dans la volonté de protéger l'emploi du personnel spécialisé des BCN (...) La seconde raison, derrière la décentralisation, est de permettre aux BCN de poursuivre d'autres objectifs propres. L'un d'eux, qui est toujours bien caché, est de donner un traitement préférentiel à leur système bancaire et financier* »⁸⁴⁶. Quelles qu'en soient les raisons, les BCN sont devenues les agents d'exécution de l'Eurosystème.

B. Une mise en œuvre encadrée par des institutions supranationales

Traditionnellement, ce rôle est conféré à la Commission qualifiée de gardienne des traités. Elle est chargée de surveiller le respect du traité, et du droit dérivé dans les États membres et notamment sa mise en œuvre. Au sein de l'Eurosystème, cette tâche est confiée à la BCE ; gardienne du Statut en quelque sorte (1). Mais ces deux institutions ne disposent pas d'un pouvoir de sanction directe sur les États membres. Au contraire, elles doivent passer par l'intermédiaire de la Cour de justice par le biais du recours en manquement, qui trouve une déclinaison particulière au sein de l'Eurosystème (2).

1) Les rapports endogènes de la BCE et des BCN

Alors que dans la prise de décision, la BCE et les BCN se confondent au sein du conseil des gouverneurs pour ne parler que d'une seule voix, lors de l'exécution elles jouent chacune un rôle précis. Non seulement la BCE est en charge de décisions quotidiennes relatives à l'Eurosystème – par la voix du directoire – mais elle assure aussi la supervision de cette mise en œuvre. Dans ce domaine, son rôle est analogue à celui de la Commission en matière de contrôle du respect du droit de l'Union par les États membres. La doctrine rattache cette fonction de la Commission à son rôle de « *gardienne des traités* »⁸⁴⁷. Ce rôle lui est confié directement par le traité à l'article 17 TFUE : « *elle {la Commission} veille à l'application des traités (...) Elle surveille l'application du droit de l'Union sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne* »⁸⁴⁸. D. Simon appelle cela sa « *fonction de surveillance* »⁸⁴⁹. Elle dispose de « *pouvoirs préventifs* »⁸⁵⁰ par lesquels elle peut demander aux États membres de lui communiquer les renseignements nécessaires pour l'accomplissement de cette mission.

⁸⁴⁴ *Ibidem*.

⁸⁴⁵ *Idem*, p. 21.

⁸⁴⁶ « *The main reason for decentralization is the desire to protect the employment of specialized staff in the NCBs (...) The second reason behind decentralization is to give the NCBs the opportunity to pursue other private objectives. One of these objectives, which is not always well hidden, is to give preferential treatment to their domestic banking and financial systems* », *idem*, pp. 21-22.

⁸⁴⁷ Le rôle de gardienne des traités est plus large, il comprend notamment sa participation systématique au contentieux préjudiciel (voir PERTEK J., « INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES - Commission - Pouvoirs », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 231, §§109-115) ou son rôle dans le contrôle de légalité (*idem*, §§116-118).

⁸⁴⁸ Il reprend en substance la formule de l'article 211 TCE.

⁸⁴⁹ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 192.

⁸⁵⁰ *Ibidem*.

Ce pouvoir découle du principe de coopération loyale⁸⁵¹. Elle peut, à ce titre, émettre des recommandations et avis⁸⁵². La Commission dispose ensuite du « *pouvoir de réprimer les infractions* »⁸⁵³. Elle dispose pour cela du recours en manquement⁸⁵⁴.

Les pouvoirs de la BCE à l'égard des BCN s'inspirent de ceux dont jouit la Commission. Néanmoins, le lien entre elles étant plus fort que celui qui unit la Commission aux administrations nationales, la BCE dispose de pouvoirs plus directs. L'intégration des administrations dans un système commun les rapproche et oblige à renforcer les pouvoirs de l'institution supranationale à la tête du système. C'est ce que confirme l'article 14 paragraphe 3 du Statut : « *Les banques centrales nationales font partie intégrante du SEBC et agissent conformément aux orientations et instructions de la BCE. Le conseil des gouverneurs prend les mesures nécessaires pour assurer le respect des orientations et des instructions de la BCE, et exige toutes les informations nécessaires* ».

La BCE dispose ainsi, comme la Commission, d'un pouvoir préventif imposant aux BCN de lui transmettre les informations qu'elle souhaite. Ensuite, elle dispose d'un « pouvoir directif » qui se concrétise dans les orientations et instructions que la BCE adopte. Ce pouvoir n'est pas général, mais limité à l'effectivité de l'action normative de la BCE⁸⁵⁵. Ces actes *sui generis* concrétisent le pouvoir de direction de la BCE sur l'ensemble des BCN⁸⁵⁶. Les orientations sont adoptées par le conseil des gouverneurs et les instructions par le directoire⁸⁵⁷, confirmant le pouvoir de direction quotidienne de la BCE. Enfin, la BCE dispose d'un « *pouvoir de réprimer les infractions* » par le biais d'une procédure spécifique de manquement. La BCE peut intenter un recours contre les BCN. L'article 271 d) TFUE qui met en place une telle procédure, fait explicitement référence à l'article 258 relatif à la procédure en manquement. Il manque cependant de précisions. Il indique seulement que « *Le Conseil de la BCE dispose (...) vis à vis des banques centrales nationales, des pouvoirs reconnus à la Commission par l'article 258 vis à vis des États membres* ». Or, le seul pouvoir dont dispose la Commission est de saisir la Cour de justice. L'article 258 impose aussi une procédure précontentieuse à cette saisine, au cours de laquelle la Commission doit envoyer successivement une lettre de mise en demeure puis un avis motivé. Ainsi, il semble logique

⁸⁵¹ Art. 4 §3 TUE.

⁸⁵² Ce pouvoir lui était reconnu par l'article 211 TCE remplacé par l'article 17 paragraphe 1 TFUE. Ce dernier omet cependant ce point. Il ne fait aucun doute que ce pouvoir n'a pas disparu.

⁸⁵³ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 194.

⁸⁵⁴ Art. 258 à 260 TFUE.

⁸⁵⁵ « *La BCE n'est pas habilitée à exercer à l'encontre des BCN un pouvoir général d'instruction et d'orientation. Elle est uniquement en droit d'imposer aux BCN le respect des actes juridiques qu'elle adopte sous la forme d'orientations et d'instructions.* », MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosysteme – Organisation* », précité, § 103.

⁸⁵⁶ « *Cette disposition ne fonde pas un pouvoir hiérarchique dans le chef de la BCE (...). Dans l'Eurosysteme, les relations entre la BCE et les BCN ne sont donc pas régies par un principe hiérarchique. Elles sont déterminées par le principe d'intégration dont l'article 14.3 des statuts constitue la traduction normative. Les orientations et les instructions s'imposent dès lors aux BCN en vertu des statuts.* », *ibidem*.

⁸⁵⁷ Articles 17 §2 et 17 §6 de la décision de la BCE du 17 juin 2004 portant adoption du règlement intérieur du conseil général de la BCE (2004/256/CE) (BCE/2004/12), précité.

que cette procédure doit aussi être suivie par la BCE. Il aurait été plus lisible que l'article 271 d) parle de la « procédure » de l'article 258. La procédure précontentieuse est fondamentale. Le recours en manquement ne vise pas la condamnation d'un État mais la mise en conformité du droit national, ou de la pratique d'une administration, avec le droit de l'Union. La phase précontentieuse cherche à remédier à ce manquement par la voie de la négociation, ce qui fonctionne dans la majorité des cas. Il serait logique que la BCE doive aussi respecter cette procédure qui constitue le cœur du recours en manquement. Ni la Commission, ni la BCE ne disposent du pouvoir de sanctionner l'État, c'est le rôle de la Cour de justice.

2) La Cour de justice, détentrice du monopole des sanctions

La Cour peut se prononcer sur la mauvaise exécution par une BCN de l'Eurosystème suite à une procédure en manquement. Il ne faut cependant pas oublier que les actes de l'Eurosystème font partie intégrante de l'ordre juridique communautaire et jouissent ainsi des principes de primauté et d'effet direct. La Cour peut ainsi être saisie par la voie préjudicielle pour se prononcer sur leur violation par un État membre. Dans le cadre de la procédure de l'article 271 d) TFUE l'étendue des pouvoirs de la Cour est floue. L'article précise que « *Si la Cour reconnaît qu'une banque centrale nationale a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cette banque doit prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour* ». La formule est similaire à celle de l'article 260 paragraphe 1 TFUE relatif au manquement des États.

Mais l'article 260 comporte un second paragraphe permettant à la Cour de faire condamner les États membres n'ayant pas exécuté un précédent arrêt en manquement. Une telle action semble délicate dans le cadre de l'article 271 d). Cela conduirait la BCE à devoir faire condamner une BCN en manquement sur manquement mais sans contrainte ; comme la Commission le faisait avant le traité de Maastricht instituant les sanctions financières. Cette procédure n'a jamais été mise en œuvre. Le fait qu'elle doive être lancée par le conseil des gouverneurs et non le directoire peut freiner de telles procédures. Même si les gouverneurs ne représentent pas leur BCN au sein du directoire, il semble délicat qu'ils assignent devant la Cour l'un des leurs, à la manière des États membres qui n'utilisent quasiment jamais la procédure de l'article 259 TFUE leur permettant de saisir la Cour d'un recours en manquement. C'est là l'une des conséquences de l'ambiguïté de la composition du conseil des gouverneurs.

Conclusion du Chapitre 2

Le conseil des gouverneurs, par sa composition même, reflète ce que les organes de l'Eurosystème doivent à la méthode communautaire. L'Eurosystème incarne une variante de la symbiose et de la fusion qui a lieu au sein de l'Union, à la fois entre les États membres et entre les États et les institutions supranationales. Cette fusion se retrouve aussi au stade de la mise en œuvre des tâches de l'Eurosystème, où il est souvent délicat de dire qui, de la BCE ou des BCN, exerce cette fonction. En réalité, c'est l'Eurosystème : un système qui réalise la fusion des banques centrales nationales et de la BCE, comme des gouverneurs et du directoire. Les conditions de cette fusion sont réunies grâce à la supranationalité du directoire et à la mise en place de procédure de décision garantissant un dialogue constant entre tous les membres du système. Cette constance du dialogue est symbolisée par les comités du SEBC. L'Eurosystème incarne, autant que le triangle institutionnel, la méthode communautaire. Ainsi, l'intégration verticale représente bien une déclinaison de cette méthode⁸⁵⁸.

⁸⁵⁸ On retrouve, au sein même des agences, un phénomène de dénationalisation des représentants des États membres conscients d'avoir une « double casquette » (EGEBERG M., « L'administration de l'Union européenne : niveaux multiples et construction d'un centre », *RFAP*, 2010, n° 133, pp. 17-26 et plus précisément pp. 24-25).

Conclusion du titre 1

L'Eurosystème appartient à l'Union européenne, formellement et fonctionnellement. Mis en place par les traités instituant l'Union, il a aussi hérité de ses méthodes de fonctionnement. C'est l'une des caractéristiques majeures de l'intégration verticale : elle ne se départit pas du droit de l'Union, mais s'y inclut. La base juridique des systèmes d'intégration verticale est le droit de l'Union. C'est le plus souvent le droit dérivé, notamment pour les agences. Néanmoins, leur statut tend à se constitutionnaliser. Inversement, celui de l'Eurosystème - qui se différencie des agences par un statut constitutionnel - tend à devenir législatif. Il le devient soit formellement, avec la révision de certains articles du statut par la procédure législative ordinaire, soit substantiellement avec des dispositions de valeur constitutionnelle mais qui n'en ont pas la nature. Dans cette logique, la qualification de la BCE d'institution est une erreur. Elle reflète la place prise par la BCE au sein de l'UEM, venant compenser par une toute puissance l'absence de réel pouvoir économique supranational. La BCE doit jouer un rôle central, son caractère supranational est vital à l'efficacité de l'Eurosystème, mais pas sa qualification d'institution. Cette opération traduit l'ambivalence entre la nature technocratique du système et son rôle politique, comme les conflits entre États membres pour la direction de la BCE ou certains de ses services le montrent bien. Il est nécessaire qu'elle garde son rôle de moteur, de législateur et de directeur du système, par le biais de ses deux organes : le conseil des gouverneurs et le directoire. Mais, il ne faut pas oublier qu'elle n'est pas seule et compose un système avec les BCN avec lesquelles elle fonctionne en symbiose. La symbiose se dégage comme une caractéristique de l'intégration verticale. Elle est – avec l'organisation du système⁸⁵⁹ – un des traits fondamentaux du caractère systémique de l'intégration verticale.

Cette symbiose est garantie par le bicéphalisme normatif comportant une représentation des États membres et une représentation à légitimité intégrative. Ce modèle n'est pas propre à la BCE. Les agences de l'Union, sont le plus souvent dirigées de cette manière. Intégration ne veut cependant pas dire assimilation. L'Eurosystème est bien un "sous-système". En tant que tel, il n'intervient pas dans tous les champs d'action de l'Union, mais uniquement dans le domaine monétaire. Ensuite, ses interventions ont une nature particulière, liée à la forme et à la normativité spécifique du droit qu'il produit.

⁸⁵⁹ Voir *infra* Titre 1 de la seconde partie.

Titre 2 - Un système sectoriel spécifique

En tant que sous-système de l'Union, et comme elle, l'Eurosystème a une compétence d'attribution. Celle-ci se limite au secteur monétaire. Celui-ci doit être largement défini, depuis l'avènement de la création monétaire par les banques privées. Il faut avoir une appréhension globale et concrète du phénomène monétaire. Or, comme le constate J. Clam : « *La monnaie est sans doute un impensé de la civilisation qui est la nôtre* »⁸⁶⁰. Il l'appréhende, à la suite de N. Luhmann⁸⁶¹, comme un « médium ». Or, « *La problématique centrale de ces médias devient celle de la virtualité comme capacité de déploiement, au sein du médium, de quelque chose qui n'y était pas "dessiné" ni pressenti* »⁸⁶². Le médium est ainsi un objet ontologiquement complexe⁸⁶³ qui ne peut se comprendre qu'après une « *analyse structurelle qui consistera donc en (...) une isolation des moments structuraux aux fins d'une recomposition compréhensive de l'unité du phénomène et de son opération* »⁸⁶⁴. Il rappelle enfin que le médium monétaire a souvent été réduit à une réalité concrète, les métaux précieux⁸⁶⁵. Cette réduction est « *l'origine de l'incompréhension fondamentale de la monnaie et de son efficace tout au long de l'histoire* »⁸⁶⁶.

Sans avoir l'ambition de se livrer ici à l'analyse structurelle auquel l'auteur nous invite, il livre des pistes permettant de saisir le phénomène monétaire ou au moins de comprendre en quoi il est insaisissable. C'est à cette conclusion qu'arrivent juristes et économistes. Ainsi pour S. Rossi : « *Qu'est-ce que la monnaie ? A ce jour, il n'y a pas de définition qui soit unanimement acceptée par les économistes* »⁸⁶⁷. En droit, le F.A. Mann constate que « *la pluralité de ses fonctions a conduit à un multitude de ses définitions* »⁸⁶⁸. Les économistes sont ceux qui ont le plus étudié la monnaie, mais par le biais de ses fonctions⁸⁶⁹,

⁸⁶⁰ CLAM J., « Monnaie et circulation. Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire », *APD*, 1997 n°42, pp. 153-174 ici p. 153.

⁸⁶¹ Voir *supra*, introduction.

⁸⁶² *Idem*, p. 156-157.

⁸⁶³ « *Ces objets sont complexes dans le sens où ils représentent, dans notre conception, des volumes pliés, foliés ou froissés si l'on veut, dont la compréhension passe par la reconnaissance de leurs diverses faces et de leur agencement* », *idem*, p. 158.

⁸⁶⁴ *Idem*, p. 159.

⁸⁶⁵ « *La monnaie n'a pu "circuler" pendant des millénaires dans les sociétés traditionnelles monétarisées que parce qu'elle a su cacher sa nature médiale et adhérer à des res d'une solidité extrême comme les métaux auratiques* », *idem*, p. 162.

⁸⁶⁶ *Ibidem*. L'auteur rajoute : « *Quand le médium s'incarne, devient chose lui-même, argent, mot, affect... il brouille toutes les pistes qui mènent à la reconnaissance de sa médialité* »

⁸⁶⁷ ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 13.

⁸⁶⁸ « *the multitude of its functions has led to a multitude of meanings* », MANN F.A., *The law of money 4th Ed.*, Oxford University Press, Oxford, 1992, 599p, p. 3.

⁸⁶⁹ « *En général, les économistes qui ont étudié la nature de la monnaie ont fini par s'intéresser au rôle que la monnaie joue au sein du système économique. Ce qui peut expliquer le manque de définition analytique essentielle (entendez qui s'intéresse à l'essence) de la monnaie.* », ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 31.

traditionnellement au nombre de trois. Elle sert d'unité de compte, de moyen de paiement et de réserve de valeur⁸⁷⁰. Réduite à un métal précieux, accepté par tous comme l'or, la notion de monnaie pose peu de problèmes. C'est à partir du moment où la monnaie devient virtuelle, fiduciaire puis scripturale, que l'appréhension par le juriste devient plus complexe cela revenant à « *reléguer les monnaies au stade d'unités de compte* »⁸⁷¹. Elle peut ainsi être réduite, d'un point de vue économique à « *une entité purement numérique, à savoir, une écriture à partie double dans la comptabilité bancaire, au moyen de laquelle toute transaction économique est réglée de manière finale* »⁸⁷². L'idée de monnaie comme medium se retrouve bien ici. Une seconde réalité apparaît, la création monétaire n'est plus l'apanage des États mais aussi celle des banques privées. Face à l'incapacité de réellement saisir la notion, les économistes ont élaboré des agrégats monétaires pour évaluer la monnaie en circulation dans un Etat. Pour J. Hicks, prix Nobel d'économie en 1975 : « *c'est de la monnaie tout objet qui est utilisé en tant que monnaie* »⁸⁷³. Sur ce principe et à partir des deux fonctions clés de la monnaie – réserve de valeur et moyen de paiement – sont construits les agrégats. Ils sont plus ou moins larges car bâtis sur l'idée que plus un instrument de réserve de valeur pourra être transformé en moyen de paiement, son degré de liquidité, plus il sera de la monnaie⁸⁷⁴.

D'un point de vue juridique, l'appréhension du phénomène monétaire est plus complexe. En 1929, le Baron Nolde dénonçait la « *carence de la doctrine juridique de la monnaie* »⁸⁷⁵. La situation a considérablement évolué aujourd'hui. Cependant, l'auteur évoquait à juste titre l'opposition entre une approche de droit public et une approche de droit privé de la monnaie. « *L'attention des auteurs s'est portée principalement sur le problème de la monnaie de paiement en droit civil. Or le fond du problème est constitué, non pas exclusivement par des*

⁸⁷⁰ *Idem*, p. 31-34.

⁸⁷¹ HERRENSCHMIDT J.-L., « Histoire de la monnaie » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, p. 15-32, ici p. 31.

⁸⁷² ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 35. Certains n'adhèrent pas totalement à cette définition. Ainsi, comme le remarque justement B. Schmitt : « *la monnaie de banque, "réalité immatérielle", n'est fondée sur aucune vraie monnaie* ». Il est cependant forcé de constater que : « *Une banque est une institution dont les promesses de monnaie valent monnaie* » et que « *la nature de la monnaie a perdu l'essentiel de son mystère dès lors que les simples promesses de monnaie, émises par les banques, sont reconnues pour ce qu'elles sont, à savoir la forme accomplie ou parfaite de la monnaie dans le monde contemporain.* » (SCHMITT B., « Nature de la monnaie : une approche économique » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 63-100 ici p. 77).

⁸⁷³ HICKS J., *Critical Essays in Monetary Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1967 cité par ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 18.

⁸⁷⁴ « *C'est ainsi que la mesure de la masse monétaire est à géométrie variable, étant donné la difficulté de séparer les moyens de paiement des actifs financiers liquides selon la définition fonctionnelle de la monnaie* », *idem*, p. 18.

Il existe 4 agrégats décrits ainsi par S. Rossi :

« *M0 = base monétaire (monnaie de banque centrale)*

M1 = M0 + dépôts à vue auprès des banques commerciales

M2 = M1 + dépôts d'épargne auprès des banques commerciales

M3 = M2 + dépôts à terme auprès des banques commerciales

M4 = M3 + dépôts auprès des "quasi banques" », ces dernières étant par exemple le Trésor.

⁸⁷⁵ NOLDE B., « La monnaie en droit international public », *RCADI*, 1929, p. 243-393, ici p. 247.

éléments de droit civil, mais bien plutôt par des éléments de droit public. La réglementation de la monnaie est une partie importante de l'administration générale de l'État et c'est comme telle qu'elle doit être étudiée en premier lieu »⁸⁷⁶. La question monétaire en droit public est majoritairement interrogée du point de vue du droit international public⁸⁷⁷. Du point de vue interne, les travaux sont plus rares. Le Baron Nolde aurait-il alors raison de se demander si « *La monnaie n'est-elle pas un phénomène essentiellement économique au sujet duquel le juriste, et à plus fort raison le juriste de droit international, n'ont rien à dire ?* »⁸⁷⁸. Evidemment pas.

L'appréhension du phénomène monétaire en droit privé est aisée car il est réductible à une opération, majoritairement un paiement. Pour le juriste de droit public la réalité est beaucoup plus complexe. La monnaie ne peut aujourd'hui se réduire à l'émission de sigles monétaires par les États et les banques privées pouvant en créer, elle n'est plus réductible à une seule opération. Au contraire, comme le décrit J. Clam, débarrassée des métaux précieux, la monnaie se révèle dans toute sa complexité. Celle-ci se matérialise par la capacité du médium à se réinventer sans cesse car « *Le médium n'a pas de contenu ferme, constatable et réidentifiable* »⁸⁷⁹ et qu' « *Il y a, structurellement, dans l'objet médium, un surcroît de possibilités qui le fait aller au-delà de ce qu'il est* »⁸⁸⁰. Les agrégats monétaires permettent de saisir cette réalité de manière quantifiable mais pas sa substance. Le médium ne peut plus se prêter à un contrôle strict et autoritaire des autorités publiques ; d'où la disparition de l'encadrement du crédit.

Au contraire, il nécessite des techniques de gestion plus fluides et plus souples. Spécialisé dans le domaine monétaire, l'Eurosystème doit adapter ses instruments à la réalité d'un objet mouvant. L'absence de définition concrète de la monnaie, l'oblige à devoir toucher à un grand nombre de matières toutes connexes à l'objet monétaire. Mais surtout, il se doit d'être au plus proche des banques, qui créent et réinventent le médium monétaire au quotidien. Il existe une relation « *symbiotique* » entre les banques et les banques centrales où l'action de chacune est bénéfique pour l'autre⁸⁸¹. On retrouve ici le paradigme du réseau dans la capacité qu'il a d'expliquer la proximité entre l'autorité publique et le secteur avec laquelle elle est en contact. Il y a ainsi un lien consubstantiel entre la spécialisation d'une autorité et son rapprochement avec les acteurs du secteur dans laquelle elle intervient (Chapitre 1). Le réseau induit aussi une normativité particulière. La proximité entre les acteurs permet de faire jouer des mécanismes différents que ceux traditionnellement utilisés (Chapitre 2). Une telle étude révèle cependant les limites du paradigme nouveau et la nécessité d'une approche dialectique,

⁸⁷⁶ *Idem*, p. 248.

⁸⁷⁷ Voir notamment sur ce thème les travaux de D. Carreau et G. Burdeau, notamment.

⁸⁷⁸ *Idem*, p. 247.

⁸⁷⁹ CLAM J., « Monnaie et circulation. Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire », précité, p. 171

⁸⁸⁰ *Idem*, p. 156-157.

⁸⁸¹ PADOA-SCHIOPPA T., « Opening speech », 12 juin 2003 : « *a symbiotic relationship exists. On the one side, commercial banks help to extend the use of the currency while not putting its stability at risk. On the other side, the central bank provides them privileged access to its credit and, where appropriate, to some form of safety net* ».

la réalité ne pouvant être réduite à l'un ou l'autre des paradigmes. Alors qu'un nouveau émerge, l'autre reste vivant⁸⁸².

⁸⁸² Voir OST F. & Van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires de St Louis, Bruxelles, 2002, 596 p., sur la survivance de l'ancien paradigme voir p. 16 et sur la nécessité d'une approche dialectique pp. 36-39.

Chapitre 1 : L'Eurosystème : un système sectoriel

3 L'intégration verticale est, par essence, sectorielle sinon elle se transformerait en fédéralisme. Au contraire, il ne s'agit d'un modèle voué à s'adapter aux spécificités du secteur dans lequel il s'applique. L'Eurosystème est certainement le modèle le plus spécifique d'intégration verticale. Il n'a pas été institué par le droit dérivé mais directement par les traités. Il fallait donc que les traités lui confient une compétence spécifique. Or, les traités communautaires, puis ceux sur l'Union, ont toujours été "fâchés", jusqu'à celui de Lisbonne, avec la notion de compétence.

Comme le dit P. Pescatore : « *La mécanique du principe dit de l' "attribution des pouvoirs" (...) ne serait ici d'aucune aide, bien au contraire : tolérable dans l'ordre interne (...) le "principe d'attribution" est destructeur dans le contexte d'un droit encore à bien des égards précaire et fragmentaire. Des solutions rationnelles aux problèmes de la répartition des compétences matérielles ne peuvent être trouvées qu'à la lumière des buts de la Communauté* »⁸⁸³. Depuis lors, l'Union s'est dotée d'une véritable répartition des compétences dans le titre I du TFUE. Mais, si celui-ci, précise que « *la politique monétaire pour les États membres dont la monnaie est l'euro* » est l'une des compétences exclusive de l'Union, il ne précise pas pour autant que cette compétence a été déléguée – au sein de l'Union – à l'Eurosystème. Afin de dégager la compétence monétaire de l'Eurosystème, il va falloir se pencher sur ses buts et ses attributions, non dans une optique de répartition verticale des compétences mais horizontale, au sein même de l'Union (Section 1).

Nous aurons alors établi que l'Eurosystème est une structure sectorielle dont l'unique compétence est la monnaie. L'intégration verticale pousse cette logique plus loin. Cherchant à réaliser l'équilibre idéal entre l'uniformité d'application du droit de l'Union et la conservation d'une marge de manœuvre aux États membres, elle va limiter les destinataires auxquels elle s'adresse. Limiter la population dont les autorités ont à s'occuper permet de les contrôler plus facilement. Cette proximité permet aussi de développer des liens particuliers avec les sujets et ainsi de les faire participer davantage à la vie des institutions. Dans le cas de l'Eurosystème, très logiquement, sa compétence sectorielle le pousse à ne s'adresser qu'au marché monétaire et aux agents qui le composent – et principalement les contreparties – pleinement intégrés au fonctionnement du système (section 2).

⁸⁸³ PESCATORE P., « Avant propos » in CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'études de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974, pp. IX-XIII, ici p. X.

Section 1 - L'Eurosystème : une structure tournée vers la monnaie.

4 Les États ont transférés à l'Union leur souveraineté monétaire qui en a confié la gestion à l'Eurosystème⁸⁸⁴. Cependant, les compétences de l'Eurosystème sont complexes à analyser. Cette complexité dérive de la difficulté à cerner les phénomènes monétaires. Comme le notait G. Farjat, « *le caractère de plus en plus abstrait de la monnaie, le rôle de l'électronique, les mutations successives et rapides des statuts juridiques, font que la notion de compte peut être appelée à remplacer celle de monnaie* »⁸⁸⁵. Le phénomène monétaire n'est plus réductible seulement à l'objet monétaire (pièces et billets) mais le dépasse. Les compétences de l'Eurosystème sont à cette image.

5 Lorsque la doctrine évoque l'Eurosystème, il est courant de voir évoquer d'un côté ses objectifs et, de l'autre ses tâches⁸⁸⁶, les secondes ayant pour but de favoriser l'accomplissement des premières. Cette approche n'est pas entièrement satisfaisante. Que faut-il entendre juridiquement lorsque R. Smits, à propos des tâches, parle des « *choses plus concrètes qui doivent être faites, mais toujours dans des termes abstraits comprenant toute sorte d'actions individuelles* »⁸⁸⁷ ? Un changement de perspective et de terminologie s'impose. A l'idée de tâche sera préférée celle de "compétence", notion classique du droit public comme du droit de l'Union. Elle offre une grille de lecture beaucoup plus claire des attributions de l'Eurosystème, d'autant que cette notion a fait l'objet d'études répétées en droit de l'Union sur lesquelles il est possible de s'appuyer. La clarification opérée par le traité de Lisbonne dans les compétences de l'Union⁸⁸⁸ permet à la doctrine un raisonnement plus clair. Un tel travail de clarification des compétences de l'Eurosystème n'a pas été fait. Il devra alors être opéré ici en s'appuyant sur les outils méthodologiques utilisés avant Lisbonne pour évoquer les compétences de l'Union.

D'après les Professeurs Constantinesco et Michel, une précision terminologique s'impose : « *Sont ainsi maintenant distingués par le droit originaire les trois plans que le langage*

⁸⁸⁴ « *By establishing a monetary union, Member states transferred their monetary sovereignty to the Community. As a consequence, monetary policy comes under the exclusive competence of the Eurosystem. This conclusion can nevertheless not be expanded to all tasks pursued by the Eurosystem* » WOLF de J. & SERVAIS D., « Objectives and tasks of the Eurosystem and of the national central banks », précité, p. 441.

⁸⁸⁵ FARJAT G., « La nature de la monnaie, approche juridique » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 101-133, ici p. 103.

⁸⁸⁶ Voir l'article de WOLF de J. & SERVAIS D précité ou encore SMITS René, « The Law of the Economic and Monetary Union », Recueils des Cours, 2002, n°300, p. 375 : « *The Treaty divides the various functions of the ESCB in to three levels. The first level is the most abstract. It basically concerns the question: why do we have a monetary authority at all ? This is the level of the ESCB's "objectives". The second level concerns more concrete things to be done, but is still in abstract terms, comprising all kinds of individual actions. This is the level of the "tasks". And finally, what the ESCB is entrusted to boil down to operations for which the ESCB has been made competent, or rather operations for which the individual entities within the ESCB have been made competent* »

⁸⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸⁸ Sur ce thème voir MICHEL V., « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, 2008, pp. 43-46.

courant tend souvent à confondre : celui des objectifs, celui des compétences de l'organisation, ainsi que celui des pouvoirs des institutions de cette même organisation »⁸⁸⁹. Cette affirmation faite à propos des compétences de l'Union vaut aussi dans le cas particulier de l'Eurosystème, pour lequel la notion d'objectif est évoquée. Il faut faire « *une distinction entre le titre à commander (la compétence) et les diverses manifestations de cette puissance qui modifieront la situation juridique de leurs destinataires à savoir les actes juridiques et matériels (le pouvoir)* »⁸⁹⁰. Mais « *pour constater l'existence d'une compétence communautaire dans un secteur déterminé, il sera nécessaire d'opérer une véritable "reconstitution" ou "reconstruction" à partir des dispositions du Traité relatives aux objectifs de la Communauté et aux domaines dans lesquels elle peut intervenir* »⁸⁹¹. Le traité de Lisbonne, en constitutionalisant la répartition des compétences, a rendu cet effort inutile dans le domaine des compétences de l'Union. La technique reste cependant valable dans notre cas, les compétences n'étant pas précisées par les traités qui ne parlent que d'objectifs et de tâches. Une telle reconstruction est indispensable dans l'étude des compétences de l'Eurosystème. L'intégration verticale nécessite un transfert de compétences au sein même de l'Union. La spécificité de la matière monétaire est que le transfert s'est fait directement des États membres à l'Eurosystème. Ces derniers se sont séparés de leur souveraineté monétaire pour la confier à l'Union, et plus précisément à l'Eurosystème représenté par la BCE. L'Eurosystème n'a pas été mis en place pour garantir la stabilité des prix mais pour exercer la souveraineté monétaire des États participants. L'objectif d'inflation basse n'est là que pour le guider dans l'exercice de cette compétence. Il faut ici reconstruire la compétence monétaire de l'Eurosystème à partir des pouvoirs qui lui ont été confiés par le traité et les Statuts⁸⁹². L'idée que l'Eurosystème aurait une compétence propre est confirmée par l'article 127 § 4 TUE selon lequel « *La Banque centrale européenne est consultée (...) sur tout acte de l'Union proposé dans les domaines relevant de sa compétence* »⁸⁹³. Une telle affirmation confirme la possibilité d'établir un parallèle entre la méthode de reconstruction des compétences communautaires et celles de l'Eurosystème. C'est un sous-système de l'Union auquel a été délégué une compétence, qui va répondre au principe auquel est soumise l'Union : le principe de compétence d'attribution. Comme l'Union, il s'est vu attribuer une compétence spécifique⁸⁹⁴.

⁸⁸⁹ CONSTANTINESCO V. & MICHEL V., *Compétences de l'Union européenne*, Répertoire Dalloz Droit Communautaire, §70.

⁸⁹⁰ *Idem*, §13.

⁸⁹¹ *Idem*, §62 (sur le rôle des objectifs, voir aussi, PESCATORE P., « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres » in IEJE, *La Communauté et ses États membres*, M. Nikhoff, La Haye, 1973, pp. 83-90, plus précisément pp. 85-87).

⁸⁹² Comme le dit V. Michel, « *La définition des compétences communautaires oblige alors à revêtir les habits de Dédale, à percer un trou dans cette coquille aux spirales enchevêtrées qu'est le traité et à suivre le fil tendu par la fourmi qui, enfermée dans le "traité-coquille", découvre le chemin à suivre* », MICHEL V., « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, n° 1-2, p. 17-86, ici p. 22

⁸⁹³ Nous soulignons.

⁸⁹⁴ A ce propos, J.-V. Louis et T. Ronse parlent du « *principe d'attribution, comme principe de délimitation des compétences* », LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, précité, p. 16. Sur ce principe voir, MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, précité, notamment, p. 51-95 ;

La technique à utiliser a été résumée par V. Constantinesco et V. Michel : « *les compétences communautaires se déploient entre le niveau des objectifs de la Communauté et celui des attributions des institutions (...) Plus exactement, faute de détermination matérielle (ou de détermination selon leur nature) des compétences communautaires, il sera nécessaire d'avoir recours, pour identifier l'existence d'une compétence communautaire dans un domaine particulier, aux indications fournies par les objectifs assignés par le Traité et aux attributions spécifiques conférées par lui aux institutions communautaires, la compétence se matérialisant soit par un acte juridique, soit par une prestation* »⁸⁹⁵ : c'est-à-dire un pouvoir. Il faut alors opérer une étude de la matérialisation des compétences de l'Eurosystème à travers une lecture des différents pouvoirs qui lui ont été confiés par les traités et le protocole⁸⁹⁶. Or, le traité n'évoque pas la notion de pouvoirs, en matière monétaire, mais celle de « mission ». A ce propos, F. Martucci précise que : « *Ces pouvoirs {de l'Eurosystème} correspondent aux missions fondamentales assignées par l'article 127 paragraphe 2 du TFUE* »⁸⁹⁷. L'Eurosystème sera vu, en réalité, comme l'institution compétente – et spécialisée – dans le domaine monétaire. D'ailleurs, lorsqu'il étudie l'Union monétaire, F. Martucci parle de « *compétence* »⁸⁹⁸. Il précise que « *Les États membres dont la monnaie est l'euro ont transféré leur compétence monétaire à l'Union* » et qu'« *il convient de préciser que ces pouvoirs sont exercés par l'Eurosystème* »⁸⁹⁹. Il pose le problème en termes de répartition verticale des compétences entre les États membres et l'Union. Ici, il se pose de manière horizontale entre les différentes institutions de l'Union. En précisant que les pouvoirs monétaires sont exercés par l'Eurosystème, il faut entendre ainsi qu'au sein de l'Union c'est lui qui exerce la majeure partie de cette compétence monétaire transférée par les États membres.

6 L'Eurosystème est compétent dans toutes les matières qui touchent, de près ou de loin, à la monnaie, appréhendée ainsi dans toute sa complexité. Plus une activité se rapprochera du

2

CONSTANTINESCO V. & MICHEL V., *Compétences communautaires*, Répertoire Dalloz Droit communautaire, §§56-69 (la mise à jour de ce fascicule, du fait de la clarification de la question des compétences de l'Union, a entraîné la disparition de certains passages intéressants pour notre raisonnement, l'ancien fascicule sera alors cité).

⁸⁹⁵ CONSTANTINESCO V. & MICHEL V., *Compétences communautaires*, précité, p. 77.

⁸⁹⁶ Pour V. Michel : « *Un lien s'établit donc entre le concept de fonction et les compétences communautaires, de telle sorte que seules les compétences nécessaires à l'accomplissement de ces responsabilités particulières ont été dévolues à la Communauté* », MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, précité, p. 33.

⁸⁹⁷ MARTUCCI F., « *Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosystème – Pouvoirs* », précité, §1.

⁸⁹⁸ MARTUCCI F., « *Union économique et monétaire* », précité, §§45-85.

⁸⁹⁹ Voir la citation intégrale : « *En troisième phase, les États membres dont la monnaie est l'euro ont transféré leur compétence monétaire à l'Union qui l'exerce conformément aux dispositions du chapitre 2 du titre VIII de la troisième partie du traité. En assignant des missions au Système européen des banques centrales (SEBC), l'article 127, paragraphe 2, TFUE constitue le titre juridique qui habilite l'Union à exercer des pouvoirs en matière monétaire. À titre liminaire, il convient de préciser que ces pouvoirs sont exercés par l'Eurosystème* », *idem*, §45.

cœur de la notion de monnaie et plus la compétence de l'Eurosystème sera exclusive⁹⁰⁰. En revanche, il n'est pas une matière reliée à la monnaie sur laquelle il n'ait son mot à dire (§1). Lorsque l'Union se voit attribuer une compétence exclusive, celle-ci vaut aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de ses frontières. La question de la compétence internationale de l'Eurosystème divise depuis longtemps la doctrine. La réponse est la même que précédemment : sans disposer d'une compétence exclusive, l'Eurosystème est l'expert reconnu en la matière et intégré comme tel dans la société internationale (§2).

§.1 - L'étrange compétence de l'Eurosystème en matière monétaire.

7 Il s'agit alors de se livrer à l'exercice de « reconstruction » auquel V. Constantinesco et V. Michel nous invitent. La lecture des dispositions du droit primaire permet d'identifier les pouvoirs de l'Eurosystème. De ces pouvoirs sera construite la "compétence monétaire" de l'Eurosystème. Il aurait été beaucoup plus simple que les traités confient clairement et directement la compétence en matière monétaire à l'Eurosystème ou au SEBC à la place du mélange entre tâches et objectifs qu'ils proposent. Le résultat final est le même puisque dans « *La mission de l'Eurosystème* » publiée sur le site internet de la BCE, il est proclamé que « *L'Eurosystème (...) est l'autorité monétaire de la zone euro* »⁹⁰¹.

8 Les questions internationales seront abordées au paragraphe suivant. Ici ne seront retenus que les pouvoirs confiés à l'Eurosystème, par l'article 127 TFUE à savoir la définition et la mise en œuvre de la politique monétaire, la promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiement, la compétence consultative de la BCE et le monopole de l'Eurosystème dans l'émission des instruments monétaires. Ces domaines ne concernent pas directement la matière monétaire. Certains sont seulement connexes. Plus un domaine sera proche de la monnaie et plus la compétence du système sera exclusive. Il est cependant délicat de dégager des domaines de compétences réellement exclusives du système, celle-ci étant partagée, parfois marginalement, avec le Conseil ou les États membres. Deux de ces pouvoirs ont trait directement à la matière monétaire : la définition de la politique en la matière et l'émission des pièces et billets. Ils seront donc étudiés ensembles (A). Les trois autres pouvoirs ne sont pas caractérisés par une exclusivité de l'Eurosystème en la matière mais par la reconnaissance de son expertise sur ces questions, faisant de lui l'interlocuteur de référence en matière monétaire dans l'Union (B).

⁹⁰⁰ Un tel raisonnement est à rapprocher de celui de F. Martucci qui parle de « *compétence monétaire stricto sensu* » et « *lato sensu* » à ce propos : « *la compétence monétaire stricto sensu est entendue comme la définition et l'émission de la monnaie, le contrôle de la masse monétaire et la conduite des relations de change. (...) la compétence monétaire lato sensu s'étend désormais au fonctionnement des systèmes de paiement et de règlement, ainsi qu'à la surveillance bancaire et financière* », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 55.

Dans le dernier domaine, l'Eurosystème s'est vu reconnaître par le traité (article 127 §5 TFUE) une compétence virtuelle jamais mise en œuvre, elle ne sera pas abordée ici.

⁹⁰¹ BCE, « La mission de l'Eurosystème », www.ecb.int.

Pour une réflexion doctrinale autour de cette notion voir LOUIS J.-V., « L'autorité monétaire de la zone euro », précité.

A. *La gestion de la création monétaire : compétence exclusive de l'Eurosystème.*

9 Pour G. Burdeau : « *l'exercice de la compétence monétaire ne se réduit pas à la définition de la monnaie officielle, mais implique nécessairement, selon les conceptions économiques contemporaines, le contrôle de la masse monétaire* »⁹⁰². Il n'est plus aujourd'hui possible de limiter l'analyse de l'exercice de la compétence monétaire des États à la simple définition et émission de pièces et billets, même si cela reste capital (1). Au contraire, selon S. Rossi : « *Identifier la monnaie aux objets physiques plus ou moins précieux, à l'aide desquels sa fonction de moyen de paiement a été exercée dans l'histoire, est dangereux pour l'analyse économique* »⁹⁰³ et, selon nous, aussi pour l'analyse juridique. Il faut prendre conscience que les États, tout comme l'Union, ne disposent plus depuis longtemps du monopole d'émission de la monnaie. Ils le partagent avec les contreparties, étudiées à la section suivante, et ne peuvent en réalité que contrôler cette émission au moyen de la politique monétaire (2).

1) Le monopole de l'Eurosystème dans l'émission d'instruments monétaires.

10 Ce pouvoir de l'Eurosystème est relégué par le traité à une place secondaire. L'article 127 du TFUE qui énumère les « *missions fondamentales* » du système n'évoque pas ce point, qui est abordé à l'article 128 TFUE. Or, cette mission est primordiale⁹⁰⁴. Même si, dans les faits, l'émission des pièces et des billets constitue une part minime de l'activité de l'Eurosystème c'est la plus visible aux yeux des citoyens. L'Euro, comme tous les autres symboles de l'Union posés par l'article I-8 du traité constitutionnel, n'a pas été repris dans le traité de Lisbonne. Néanmoins la portée symbolique de cette compétence de l'Eurosystème est essentielle⁹⁰⁵.

Ainsi, de manière embarrassée, R. Smits précise que « *le rôle traditionnel de la banque centrale d'émettre de la "monnaie papier" est l'une de ses tâches centrales, même si ce n'est pas l'un des tâche "fondamentales", du SEBC* »⁹⁰⁶. Il rappelle que « *même si l'importance relative des billets de banque a décliné de manière significative, du fait notamment de l'émergence d'autres méthodes de paiement (...) une grande importance est toujours attachée à l'existence physique de la monnaie. Ce sentiment est partiellement psychologique, comme*

⁹⁰² BURDEAU G., « L'exercice des compétences monétaires par les États », précité, ici p. 224

⁹⁰³ ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 3.

⁹⁰⁴ La place secondaire laissée par le traité à cette tâche obligea la doctrine à des contorsions pour la qualifier. Pour R. Smits il s'agit de : « *the major "other" task* », SMITS René, « The Law of the Economic and Monetary Union », p. 382. J. de Wolf et D. Servais introduisent ainsi cette tâche : « *As for the other tasks, which are no less important, one could start with the right to issue banknotes* », WOLF de J. & SERVAIS D., « Objectives and tasks of the Eurosystem and of the national central banks », précité, p. 448). Voir aussi LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, p. 251.

⁹⁰⁵ Voir PHILIP C., « Les symboles de l'Europe » in *L'Union européenne : Union de droit, union des droits – Mélanges en l'honneur de Philip Manin*, Pedone, 2010, pp. 173-177.

⁹⁰⁶ « *Nevertheless, the traditional central bank's role in issuing "paper money" is one of the central tasks, albeit not a 'basic' one, of the ESCB* » SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, Kluwer Law International, La Haye, 1997, p. 203

un besoin de sentir la monnaie »⁹⁰⁷. Pour C. Philip, le passage à une monnaie unique, qui n'était pas indispensable, « *est un geste fort, un symbole exprimant une volonté politique que les peuples européens saisissent bien ce tournant que représente une union monétaire.* »⁹⁰⁸. En effet, il aurait été possible de créer une monnaie européenne sans remplacer les monnaies nationales et sans émettre de monnaie fiduciaire⁹⁰⁹. L'existence d'une monnaie fiduciaire relève alors d'un choix politique symboliquement fort.

11 C'est à l'Eurosystème qu'incombe cette tâche fondamentale d'émission des billets mais non des pièces. Le droit primaire lui confie la responsabilité de « *l'émission des billets de banque en euro* » (par la BCE ou les BCE, article 128 paragraphe 1 du TFUE). Pour les pièces en euro, leur émission est faite par les États membres. Cependant, le volume de ces émissions doit être approuvé par la BCE. Le système a ainsi un monopole sur le volume de l'émission des instruments monétaires, comme le confirme l'article 282 paragraphe 3 du TFUE qui précise que la BCE est « *seule habilitée à autoriser l'émission de l'euro* ». Le rôle du droit primaire s'arrête là. Le droit dérivé n'a aucune incidence sur les montants émis. Ce dernier, adopté uniquement par le Conseil, a pour but de confier cours légal aux instruments qui seront ensuite émis par l'Eurosystème. Lorsqu'il confie à certains instruments cours légal, il peut aussi préciser certaines spécificités techniques qu'ils doivent remplir. Il est intéressant de noter que les prérogatives du Conseil sont plus étendues sur les pièces que sur les billets. Pour les premières, il peut en effet « *adopter des mesures pour harmoniser les valeurs unitaires et les spécifications techniques de toutes les pièces destinées à la circulation* » ce qu'il a fait avec un règlement du 3 mai 1998⁹¹⁰. Pour les billets, cette compétence technique échoit à la BCE, qui l'a exercée par une décision de 2003⁹¹¹. La différence de compétence se ressent sur les objets produits, les billets étant identiques dans toute l'Union tandis que les pièces comportent toutes une face nationale.

A l'exception de cette compétence du Conseil dans la définition, au sens large, de la monnaie, l'Eurosystème est seul responsable de l'émission⁹¹². Cette prérogative est issue de l'article 128 et a été reprise par l'article 10 du règlement Conseil du 3 mai 1998 concernant l'introduction de l'euro⁹¹³. Ce dernier vient juste préciser la date à laquelle les instruments émis par l'Eurosystème commencent à avoir cours légal. Ainsi « *À partir du 1er janvier 2002,*

⁹⁰⁷ « *Although the relative importance of bank notes has declined significantly due, mainly, to the emergence of other methods of payment (...) much importance is still attached to the physical existence of currency. This consideration is partially of a psychological nature as the need to see and feel the currency*», *idem* p. 203.

⁹⁰⁸ *Ibidem*.

⁹⁰⁹ « *la monnaie scripturale, qui n'est qu'une forme de monnaie, peut exister sans pièces ni billets qui ne sont qu'une autre forme de monnaie* », COURBIS B. & SOUSI B., « L'euro, réalité monétaire dès 1999 », *Dalloz*, 1997, *Chronique* pp. 309-311, ici p. 310.

⁹¹⁰ Règlement 975/98/CE du Conseil, du 3 mai 1998, sur les valeurs unitaires et les spécifications techniques des pièces libellées en euros destinées à la circulation, JO n° L 139 du 11.5.1998, pp. 6-8.

⁹¹¹ Décision de la BCE du 20 mars 2003 concernant les valeurs unitaires, les spécifications, la reproduction, l'échange et le retrait des billets en euros (2003/205/CE) (BCE/2003/4), précité.

⁹¹² Pour un détail des règles relatives à l'émission monétaire voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 229-273 et MARTUCCI F., « Union monétaire », précité, §§48-53.

⁹¹³ Règlement (CE) n° 974/98 du Conseil, du 3 mai 1998, concernant l'introduction de l'euro, précité.

la BCE et les banques centrales des États membres participants mettent en circulation les billets libellés en euros ». J.-V. Louis fait remarquer l'utilisation du terme « mise en circulation » et non celui d'émission, utilisé par les statuts. Il impute cette rédaction au fait que les traités ne préjugent pas de la personne de l'émetteur : la BCE ou les BCN⁹¹⁴. Au delà de cela, comme le dit l'auteur : la BCE en matière de billets dispose de « la maîtrise de l'émission »⁹¹⁵ et en matière de pièces « la BCE a seule le droit d'approuver le volume »⁹¹⁶ émis. Ainsi, chaque année la BCE prend une décision approuvant le volume pouvant être émis par chaque État membre. La notion d'émission est ici à entendre au sens large, comme le prévoyait R. Smits⁹¹⁷. Ainsi la BCE a adopté des actes relatifs non seulement à l'émission, mais aussi à la production des billets et la protection de l'Euro. Il s'agit bien d'une compétence exclusive.

12 Il est indispensable de rendre sa place au pouvoir de l'Eurosystème, en tant qu'autorité monétaire, d'émettre la monnaie fiduciaire. C'est la première manifestation de sa compétence monétaire. Non seulement il est en charge de la manufacturer et de la diffuser mais surtout il peut, seul et en toute indépendance, décider de la quantité de monnaie qu'il va ainsi émettre. C'est sa première décision de politique monétaire. Même si elle n'a pas une grande incidence sur sa politique monétaire, elle en fait partie. Mais la politique monétaire s'étend bien au delà de la monnaie fiduciaire. C'est la monnaie scripturale et son contrôle qu'elle vise.

2) Le monopole de l'Eurosystème dans la définition et la mise en œuvre de la politique monétaire.

13 Dans la liste des missions fondamentales du SEBC posée par l'article 127, « définir et mettre en œuvre la politique monétaire de l'Union » est la première, ce qui traduit son caractère essentiel. Ni le traité, ni les Statuts ne définissent la notion de « politique monétaire ». La politique monétaire de l'Eurosystème n'est possible que si ce dernier se voit doté des pouvoirs adéquats pour la définir correctement et surtout la mettre en œuvre. La recherche des pouvoirs qui se cachent derrière la politique monétaire permet de continuer à reconstruire la compétence de l'Eurosystème. Pour F. Martucci : « La compétence de politique monétaire implique la capacité de mettre en œuvre des instruments de politique monétaire »⁹¹⁸. L'auteur reconnaît ici l'existence d'une compétence. Cependant, la compétence ne désigne pas la politique monétaire mais la matière monétaire en elle-même, la capacité de définir et mettre en œuvre une telle politique est l'un des pouvoirs attachés à cette compétence.

⁹¹⁴ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 250. Sur la répartition de cette tâche, voir infra Chapitre 1 du Titre 1 de la seconde partie.

⁹¹⁵ LOUIS J.V., « Union économique et monétaire », précité, p. 88.

⁹¹⁶ « the ECB has the sole right to approve the volume », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspect*, précité, p. 209.

⁹¹⁷ « Further analysis show that the term 'issue' also includes other acts relating to the bank note circulation. Any act which has a bearing on the circulation of bank notes is, by its nature, subject to the prior approval of the ECB », *idem*, p. 206.

⁹¹⁸ MARTUCCI F., « Union économique et monétaire », précité, §55.

14 Pour R. Smits : « Une définition du concept fondamental de "politique monétaire" ne peut seulement dériver des opérations autorisées. L'attribution de la capacité d'entretenir certaines relations avec les banques commerciales, pour lesquelles la BCE peut ouvrir des comptes, conduire des opérations d'open-market et des transactions en devises, et leur imposer des réserves obligatoires (article 17-19 et 23 des statuts du SEBC⁹¹⁹) forme une description indirecte de ce qu'est la politique monétaire »⁹²⁰. La politique monétaire de la BCE est donc, *ab initio*, limitée par les pouvoirs qui ont été conférés au système. Cela dit, ils sont larges. En matière de gestion monétaire, les opérations qui ont été décrites par R. Smits sont les plus courantes⁹²¹.

L'article 20 des statuts confirme la compétence générale à l'Eurosystème, en matière monétaire. Il précise que « Le conseil des gouverneurs peut décider, à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, de recourir aux autres méthodes opérationnelles de contrôle monétaire qu'il jugera opportunes, sous réserve de l'article 2. ». Une telle clause fait penser à l'article 352 TFUE (ex article 308 TCE et 235 TCEE). Or, pour V. Michel et V. Constantinesco, « Il semble préférable de considérer que l'utilisation de l'article 308 du Traité CE ne permet pas un accroissement des compétences proprement dites de la Communauté mais autorise seulement un ajustement des pouvoirs des institutions aux compétences communautaires existantes »⁹²². L'existence d'une telle clause au profit de l'Eurosystème confirme sa compétence générale en matière monétaire. Ainsi, la politique monétaire n'est pas l'une des compétences de l'Eurosystème, mais une manifestation de sa compétence monétaire. Celle-ci se traduit alors par la capacité de l'Eurosystème à réaliser les opérations indispensables à la concrétisation de ses choix de politique monétaire afin de garantir la stabilité des prix, l'objectif que le traité lui assigne.

15 Les deux composantes de la compétence monétaire qui viennent d'être décrites, monnaie fiduciaire – à l'exclusion partielle des pièces – et politique monétaire, sont exclusives. Comme le précise l'article 282 la BCE est « indépendante dans l'exercice de ses pouvoirs ». Elle dispose alors d'un monopole dans l'élaboration de la politique monétaire,

⁹¹⁹ L'article 17 des Statuts est relatif aux « Comptes auprès de la BCE et des banques centrales nationales », l'article 18 aux « Opérations d'open market et de crédit », l'article 23 aux opérations de change (et sera étudié dans le paragraphe suivant) et l'article 19 aux « Réserves obligatoires ».

⁹²⁰ « A definition of the fundamental concept of 'monetary policy' may only be derived indirectly from the permitted operations. The endowment with the capacity to entertain financial relations with the commercial banks, for which the ECB and the NCBs may open account, to conduct open market operations and foreign exchange transactions, and to impose minimum reserves (Article 17-19 and 23 ESCB Statute) forms an indirect description of what, apparently, monetary policy is about », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité p. 196.

⁹²¹ Sur ces opérations, voir *infra* Chapitre 2 de ce Titre et MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosystème – Pouvoirs », §§35-41 ; LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, pp. 156-157.

⁹²² CONSTANTINESCO V. & MICHEL V., *Compétences communautaires*, précité, p. 24. Sur le fonctionnement de cette clause, voir TIZZANO A., « Les compétences de la Communauté » in Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, OPOCE, Luxembourg, 1982, pp. 45-72, pp. 52-67 et LOUIS J.-V., *Le règlement de la Communauté économique européenne*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1969, 517 p., pp. 55-70.

tout comme en matière d'émission de monnaie. Ces deux pouvoirs constituent le cœur de la matière monétaire, ils ont pour but unique de gérer la masse monétaire et sont de la compétence exclusive de l'Eurosystème. Mais, il dispose aussi de pouvoirs dans d'autres matières. Celles –ci, *a priori*, semblent moins se rapprocher des pures prérogatives monétaires, alors qu'en réalité elles se rapportent à la monnaie.

B. La monnaie : seule compétence de l'Eurosystème.

16 Il existe une cohérence dans les pouvoirs attribués à l'Eurosystème. Tous constituent sa compétence monétaire. Certains, examinés au paragraphe précédent, le font de manière directe et évidente. D'autres, viennent la compléter et la confirmer. Il s'agit de la tâche confiée à l'Eurosystème de « *promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement* »⁹²³. Le pouvoir qui lui est ainsi confié est en réalité un pouvoir monétaire : les systèmes de paiement ayant une importance capitale dans le fonctionnement du marché monétaire (1). De même, les pouvoirs statistiques confiés au système sont indispensables à son action monétaire et ont été limités à ce domaine (2). Enfin, le pouvoir consultatif de la BCE vient consacrer sa compétence monétaire. Confié à la BCE à l'article 127.4, ce pouvoir se rapporte aux « *domaines relevant de sa compétence* », à savoir les domaines monétaires (3).

1) Le pouvoir en matière de systèmes de paiement : pouvoir monétaire.

17 La promotion du « *bon fonctionnement des systèmes de paiements* » est l'une des missions fondamentales du SEBC. La notion de système de paiement recouvre les structures permettant d'effectuer des règlements entre particuliers, paiements de détails, ou des professionnels⁹²⁴. Son contenu a été précisé par l'article 22 des statuts⁹²⁵ selon lequel « *La BCE et les banques centrales nationales peuvent accorder des facilités, et la BCE peut arrêter des règlements, en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements au sein de l'Union et avec les pays tiers.* » Cette mission est ainsi clairement assortie d'un pouvoir réglementaire, témoin de son importance. Elle est à mettre en lien avec l'article 17 des statuts permettant à l'Eurosystème d'ouvrir des comptes aux contreparties⁹²⁶.

⁹²³ Art. 127.2 TFUE.

⁹²⁴ « *l'ensemble des procédures standardisées afin d'effectuer entre des participants donnés, soit des paiements "de détail", qui portent sur des montants de faible valeur, généralement entre particuliers, soit des paiements dits de "grande valeur", portant sur des montants beaucoup plus importants, généralement entre professionnels du secteur financier* » SERVAIS D. (dir), *Intégration des marchés financiers – Commentaire J. Mégret*, 3^{ème} Ed., Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2007, 625p., p. 44. Il faut aussi préciser que « *Les systèmes de règlement-titres peuvent être définis quant à eux comme étant l'ensemble des procédures standardisées permettant l'émission, l'échange et la conservation des titres* » (*idem*).

⁹²⁵ Pour une étude détaillée de cet article voir : KELLER C., « Regulation of payment systems – some reflections on article 22 of the statute of the ESCB », *Euredia*, 2001-2002 n°3, pp. 455-472 et KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, ECB, 2010, Francfort sur le Main, 369 p, p. 151-169.

⁹²⁶ Sur cette notion, voir infra, section 2 de ce Chapitre.

Il faut ici revenir à quelques fondamentaux du fonctionnement des systèmes monétaires. Lorsqu'une transaction se fait entre deux individus, ceux-ci peuvent soit utiliser de la monnaie fiduciaire soit de la monnaie scripturale. Dans le second cas : le compte du payeur sera débité et celui du créancier crédité. Cette opération se fera par le biais des systèmes de paiement⁹²⁷. La Banque centrale joue ici un rôle crucial, à plus d'un titre. Tout d'abord, c'est avec la monnaie qu'elle émet – dite monnaie banque centrale – qui va servir de moyen de paiement⁹²⁸. Les opérations seront effectuées par le biais des comptes ouverts par les banques auprès de la banque centrale. C'est en créditant ces comptes que la Banque centrale émet sa monnaie, qui permettra par la suite aux établissements de crédit d'effectuer des paiements entre eux. Ces derniers vont enfin transiter dans une infrastructure physique et électronique mise en place et gérée par la Banque centrale⁹²⁹.

Le titre de l'article 22 « *Systèmes de compensation et de paiements* » traduit l'idée que ces systèmes servent non seulement au paiement, mais aussi à la compensation des dettes entre les banques. Les systèmes de paiement constituent la condition de l'existence même de la monnaie. Les banques centrales ont, ensuite, exploité la place capitale qu'elles occupent en matière de paiement. Au delà de la simple mise en place de ces systèmes, elles en garantissent la stabilité et la crédibilité⁹³⁰, d'où le pouvoir réglementaire de la BCE « *en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements* »⁹³¹. Pour résumer, comme le dit le Comité sur les systèmes de paiement et de règlement : « *le bon fonctionnement de ce système est fondamental pour la qualité de la monnaie. Il doit donc constituer une préoccupation majeure pour la banque centrale.* »⁹³². D'autant que les systèmes de paiement jouent aussi un rôle crucial dans la première tâche confiée à la BCE et plus particulièrement dans la mise en œuvre de la politique monétaire. Cette dernière est transmise aux banques par le biais ces systèmes⁹³³.

Il était alors indispensable de confier à l'Eurosystème des pouvoirs en matière de systèmes de paiements. Cependant, l'étendue de ses pouvoirs pose trois problèmes. Tout d'abord, l'article

⁹²⁷ S. Rossi rappelle que les paiements en monnaie fiduciaire ne sont qu'une petite partie des paiements et que la majorité d'entre eux se font en monnaie scripturale, accentuant ainsi le rôle de la Banque centrale, ROSSI S., *Macroéconomie monétaire*, précité, p. 82.

⁹²⁸ Pour B. Courbis et B. Soussi, cette monnaie est « *la condition de fonctionnement indispensable* » du système monétaire (COURBIS B. & SOUSI B., « L'euro, réalité monétaire dès 1999 », précité, p. 311).

⁹²⁹ La monnaie scripturale émise par les banques commerciales est une monnaie dite « secondaire ». Les banques ne peuvent se payer entre elles par ce biais. Il leur faut, pour ce faire, une monnaie commune : la monnaie « banque centrale ». La Banque centrale doit alors mettre à leur disposition des comptes et des infrastructures afin de permettre ces paiements. Voir, ROSSI S., *Macroéconomie monétaire*, précité, pp. 78-98 ; KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, pp. 151-152 et COURBIS B. & SOUSI B., « L'euro, réalité monétaire dès 1999 », précité, p. 311

⁹³⁰ Voir, SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, pp. 229/230.

⁹³¹ Art. 22 Statuts SEBC.

⁹³² Comité sur les systèmes de paiement et de règlement, *Orientations générales pour le développement d'un système national de paiement*, Bâle, 2006, p. 3, www.bis.org.

⁹³³ Voir, IME, *Rapport annuel 1994*, p. 79 ; KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 153 et MARTUCCI F., « Union monétaire », précité, §56

22 évoque : « *des systèmes de compensation et de paiements* ». Deux interprétations antagonistes peuvent en être données, soit ce pouvoir se limite aux systèmes de paiement, soit il est extensible aux systèmes de règlements de titres⁹³⁴. Ce pouvoir se décompose en réalité en deux : la possibilité d'opérer un tel système et la possibilité de le superviser (« *oversight* »). Sur le premier point, la question a été réglée par la création par la BCE du système TARGET 2-Titres⁹³⁵. À ce problème, s'ajoute celui du partage du pouvoir entre l'Eurosystème et les institutions légiférantes de l'Union⁹³⁶.

Les systèmes de paiement concernent des domaines assez divers, relevant de plusieurs branches du droit dont certains sont de droit privé et d'autres de droit public et notamment de l'article 114 TFUE. Or, la majorité de ces domaines excède le champ d'action normal d'une banque centrale⁹³⁷. Leur compétence de supervision s'arrêterait au droit public⁹³⁸. Ceci est confirmé par l'adoption par le Parlement et le Conseil de la directive dite finalité venant harmoniser certaines dispositions relatives à ces systèmes⁹³⁹. Cependant, F. Martucci remarque que la distinction entre ces matières est floue. Il faut alors limiter la compétence de la BCE de manière fonctionnelle. Ainsi, elle peut intervenir dans tous les domaines tant que « *ces actes ont pour but d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de paiement, de compensation et de règlement* »⁹⁴⁰. Son intervention doit être « *exceptionnelle* » Enfin se pose la question de la répartition de cette compétence au sein de l'Eurosystème⁹⁴¹.

⁹³⁴ Voir le résumé donné de ce débat : « *Selon une première thèse, les pouvoirs de la Banque centrale européenne et des banques centrales nationales se limiteraient aux seuls systèmes de paiement, auxquels l'article 22 des statuts fait expressément et exclusivement référence. Selon une seconde thèse, de tels pouvoirs s'étendraient également aux systèmes de règlement-titres, dès lors que l'article 22 se réfère également aux "systèmes de compensation" et qu'en tout état de cause, de tels systèmes poseraient des risques systémiques en tous points identiques aux systèmes de paiement.* », SERVAIS D. (dir), *Intégration des marchés financiers*, précité, p. 47 voir aussi p. 52. Pour une vision excluant la compétence de l'Eurosystème dans ce domaine, voir KELLER C., « Regulation of payment systems – some reflections on article 22 of the statute of the ESCB », précité.

⁹³⁵ Orientation de la BCE du 21 avril 2010 relative à TARGET2-Titres (BCE/2010/2), JO n° L 118 du 12.5.2010, pp. 65-80. L'acte ne se penche absolument pas sur ce problème de compétence et précise juste, à son considérant 2 que : « *L'article 22 des statuts du SEBC donne mandat à l'Eurosystème d'"assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements au sein de l'Union". En outre, le règlement en monnaie banque centrale évite les risques de liquidité et il est donc essentiel pour une post-négociation des titres harmonieuse, et pour le marché financier en général* ». Il a été remplacé par l'orientation de la BCE du 18 juillet 2012 relative à TARGET2-Titres (BCE/2012/13), JO n° L 215 du 11.8.2012, pp. 19-29

⁹³⁶ Voir, SERVAIS D. (dir), *Intégration des marchés financiers*, précité, pp. 48-49.

⁹³⁷ *Ibidem*.

⁹³⁸ « *The better view, however, seems to be that Article 22 of the Statute gives the ECB, regulatory powers only in the domain of public law, ie in the context of overseeing systems* », KELLER C., « Regulation of payment systems – some reflections on article 22 of the statute of the ESCB », p. 465.

⁹³⁹ Directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres, JO n° L 166 du 11.6.1998, pp. 45-50.

⁹⁴⁰ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 100. Sur la compétence de la BCE en matière de systèmes de paiement, voir, pp. 91-100.

⁹⁴¹ Voir WÜRTZ K., « The legal nature of the ECB's oversight competence », *Euredia*, 2007/2008 n°4, p. 436-462.

18 Les pouvoirs confiés à la BCE en matière de systèmes de paiement ne sont pas anodins. L'étude de la notion de systèmes de paiement révèle qu'en réalité, ils appartiennent à la compétence monétaire de l'Eurosystème puisque sans eux, l'existence même de la monnaie semble compromise⁹⁴² et qu'ils en garantissent la crédibilité ainsi que l'effectivité de la politique monétaire menées. Il partage cette compétence avec le Parlement et le Conseil, et les États membres. Les pouvoirs de l'Eurosystème en matière de collecte de statistiques relèvent de la même logique.

2) Le pouvoir statistique de l'Eurosystème : pouvoir monétaire.

19 Il ne s'agit pas ici de l'une des « missions fondamentales » du SEBC d'après l'article 127 TFUE. Au contraire, la mission statistique n'est mentionnée que dans les statuts du SEBC et encore elle ne fait l'objet que d'un article : l'article 5. La rédaction de cet article indique qu'il est accessoire aux autres puisque la BCE collecte des informations statistiques « *afin d'assurer les missions du SEBC* ». Il ne s'agit pas, à proprement parler d'une compétence monétaire, mais comme le dit R. Smits : « *cette tâche est auxiliaire à l'exercice des autres fonctions du SEBC* »⁹⁴³.

20 Il est nécessaire que l'Eurosystème ait à sa disposition des statistiques complètes sur l'état de l'économie. Les statistiques sont, selon J.-V. Louis, un « *domaine capital pour la formulation de la politique monétaire* »⁹⁴⁴. Plus pragmatiquement, l'Eurosystème doit aussi constamment collecter des statistiques afin de calculer le montant des réserves obligatoires que les contreparties doivent constituer auprès de lui, pouvoir calculer les différents agrégats monétaires – et ainsi connaître la quantité de monnaie en circulation – et enfin savoir les taux d'intérêts pratiqués sur le marché monétaire, pour vérifier que son taux directeur est bien transmis au marché.

Il est frappant de voir que ce pouvoir statistique de la BCE n'a été mis en œuvre qu'en matière monétaire, confirmant ainsi sa compétence générale dans ce domaine. Ainsi dans un « *Mémorandum of understanding* » signé entre la BCE et Eurostat, ils se sont répartis les compétences statistiques en la matière. La BCE se voit confier les statistiques en matière monétaire et financière (interne et externe)⁹⁴⁵ alors qu'Eurostat est responsable des statistiques économiques générales⁹⁴⁶.

⁹⁴² « *The smooth functioning of payment, clearing and settlement systems is a precondition for users' confidence in those systems and, ultimately, public confidence in the currency* », KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 151.

⁹⁴³ « *this task is ancillary to the exercise of the other ESCB functions. Without proper data, collected from the economic agents within the purview of its monetary powers and from relevant actors, the ECB cannot formulate and implement monetary policy* » SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité p. 214.

⁹⁴⁴ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, p. 169 et pp. 169-172 pour un panorama de l'exercice par la BCE de ce pouvoir (voir aussi MARTUCCI F., « *Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosystem – Pouvoirs* », précité, § 48).

⁹⁴⁵ « *The ECB (DG Statistics) has prime responsibility for money, banking and financial markets statistics at the Community level, as these are clearly necessary to undertake the tasks of the ESCB* » § 9 du *Memorandum of understanding on economic and financial statistics between the Directorate General Statistics of the European*

21 Le pouvoir de la BCE en la matière est limité puisque selon l'article 5.4 : « *Le Conseil définit (...) les personnes physiques et morales soumises aux obligations de déclaration, le régime de confidentialité et les dispositions adéquates d'exécution et de sanction* ». Ainsi, confirmant nos intuitions, la marge de manœuvre dont jouit la BCE est proportionnelle à la distance de la matière concernée avec sa compétence monétaire. Les statistiques n'étant qu'un pouvoir secondaire, les statuts peuvent s'accommoder d'une interférence du Conseil. Enfin, l'article 5 confirme aussi l'existence d'une compétence générale de la BCE. Cette dernière est en effet « *chargée de promouvoir l'harmonisation, en tant que de besoin, des règles et pratiques régissant la collecte, l'établissement et la diffusion des statistiques dans les domaines relevant de sa compétence.* »⁹⁴⁷. Or, cette compétence de la BCE – et celle de l'Eurosystème – porte uniquement sur le domaine monétaire, l'ensemble de ces pouvoirs étudiés précédemment s'y rattachant. C'est une compétence partagée. L'obligation de consulter la BCE dans ce domaine est le signe ultime de sa compétence générale en la matière.

3) Le pouvoir consultatif de l'Eurosystème : consécration de la compétence monétaire de l'Eurosystème.

22 Le pouvoir consultatif de la BCE est large⁹⁴⁸. Elle dispose d'un pouvoir général précisé par l'article 127 paragraphe 4 du TFUE et un certain nombre de pouvoirs « spéciaux », égrainés au gré des traités⁹⁴⁹. Nous nous concentrerons sur l'article 127 paragraphe 4 :

« *La Banque centrale européenne est consultée:*

— *sur tout acte de l'Union proposé dans les domaines relevant de sa compétence;*

— *par les autorités nationales, sur tout projet de réglementation dans les domaines relevant de sa compétence, mais dans les limites et selon les conditions fixées par le Conseil conformément à la procédure prévue à l'article 129, paragraphe 4.*

2

Central Bank (DG Statistics) and the Statistical Office of the European Communities (Eurostat), du 10 mars 2003 (nous soulignons).

Sur les rapports entre la BCE et Eurostat voir, SOLANS E.D., « The importance of Eurostat for the monetary policy of the European Central Bank », 16 mai 2003.

⁹⁴⁶ « The Commission (Eurostat) has prime responsibility for **general economic statistics** at the Community level » *idem*, § 18 (nous soulignons).

⁹⁴⁷ Art. 5.3 Statuts SEBC, nous soulignons.

⁹⁴⁸ Voir, pour plus de détails sur le pouvoir consultatif de la BCE : ARDA A., « Consulting the European Central Bank. Legal aspects of the community and national authorities' obligation to consult the ECB pursuant to article 105(4) EC », *Euredia*, 2004 n°4, p. 111 ; WÜRTZ M., « The legal framework applicable to ECB consultations on proposed community acts », *Euredia*, 2005 n°4, pp. 283-327 ; LAMBRINOC S.E., « The legal duty to consult the European central bank. National and EU consultation », *ECB Legal working papers*, n° 9, novembre 2009, 45p. ; POSIUNAS G., « Consulting the European Central Bank in the Regulatory Field of the National Central Bank of the Member State of the European Union », *EBLR*, 2011, pp. 817-846.

⁹⁴⁹ Articles : 58 TUE (révision des traités), 66 TFUE (restrictions exceptionnelles mouvements capitaux en provenance des pays tiers), 114 §3 TFUE (modalités relatives à la composition du comité économique et financier), 128 §2 (valeurs unitaires et spécifications techniques de toutes les pièces), 129 (révision simplifiée des statuts du SEBC et de la BCE), 219 (accords formels conclus par le Conseil sur les taux de change de l'Euro et de monnaies de pays tiers) et 283 (nomination des membres du directoire). Voir, WÜRTZ M., « The legal framework applicable to ECB consultations on proposed community acts », précité, pp. 298-318.

La Banque centrale européenne peut, dans les domaines relevant de sa compétence, soumettre des avis aux institutions, organes ou organismes de l'Union appropriés ou aux autorités nationales ».

Ici, une fois n'est pas coutume, ce pouvoir concerne tous les États membres de l'Union et pas seulement ceux de la zone euro ; la reconnaissance de la compétence monétaire de la BCE s'étend au delà.

23 L'énoncé de cet article souligne l'existence d'une compétence de la BCE mais sans nous renseigner sur sa nature. Le Conseil et – fait rare dans la matière – la Cour de Justice sont venus éclairer la définition qu'il faut donner à cette compétence. Le Conseil a adopté une décision en 1998 encadrant la consultation de la BCE par des autorités nationales⁹⁵⁰. Elle précise, à son article 2, la liste (non exhaustive) des domaines relevant de sa compétence. On y trouve : « *les questions monétaires ; les moyens de paiement ; les banques centrales nationales ; la collecte, l'établissement et la diffusion de données statistiques en matière monétaire, financière, bancaire, de systèmes de paiement et de balance des paiements ; les systèmes de paiement et de règlement ; les règles applicables aux établissements financiers dans la mesure où elles ont une incidence sensible sur la stabilité des établissements et marchés financiers* »⁹⁵¹. Cette liste ne fait quasiment que reprendre les pouvoirs de la BCE précédemment étudiés et qui se rattachent tous à la matière monétaire.

Un ajout est pourtant frappant : celui des « *règles applicables aux établissements financiers* ». Loin de remettre en cause le raisonnement suivi, cette disposition en confirme l'intuition. En effet, cette consultation ne doit se faire que dans le cas d'« *incidence sensible sur la stabilité des marchés financiers* » : c'est-à-dire lorsque le marché monétaire (connexe au marché financier) risque d'être touché. F. Martucci estime que « *en pratique, la dichotomie entre monnaie et finance n'existe plus* »⁹⁵². D'ailleurs les différents projets (que ce soit de l'article du traité ou de la décision de 1998) prévoyaient une compétence consultative quasi générale en matière prudentielle⁹⁵³. Cette proposition n'a jamais été retenue, limitant l'intervention de la BCE à sa compétence première : la monnaie.

24 L'arrêt dit « OLAF »⁹⁵⁴, déjà évoqué, est aussi riche en enseignements dans ce domaine. Rappelons que la BCE cherchait à s'affranchir des contrôles de l'OLAF. Parmi ces arguments, elle soulevait l'illégalité du règlement 1073/99 instituant l'OLAF⁹⁵⁵ en se fondant sur son absence de consultation préalable. La Cour et l'Avocat général Jacobs ont été contraints de définir la notion de « *domaine relevant de sa compétence* ». La démarche de l'Avocat général,

⁹⁵⁰ Décision du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation 98/415/CE, JO n° L 189 du 3.7.1998, pp. 42-43.

⁹⁵¹ Voir sur cette liste, LAMBRINOC S.E., « The legal duty to consult the European central bank. National and EU consultation », précité, p. 26.

⁹⁵² MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 359.

⁹⁵³ Voir, ARDA A., « Consulting the European Central Bank. Legal aspects of the community and national authorities' obligation to consult the ECB pursuant to article 105(4) EC », précité, p. 139.

⁹⁵⁴ CJCE 10 juillet 2003, Commission c. BCE, précité.

⁹⁵⁵ Règlement 1073/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), précité.

reprise par la Cour, ressemble – par son caractère fonctionnel – à celle suivie ici. Il estime que : « *La notion de mesures relevant "des domaines de sa compétence", utilisée dans le paragraphe 4, doit se comprendre à la lumière de l'énumération des missions qui est faite à l'article 105, paragraphe 2, CE et en tenant compte du fait que l'article 105 CE figure dans le chapitre 2 qui est intitulé " Politique monétaire " »*⁹⁵⁶. Il reprend par la suite tous les pouvoirs confiés au SEBC par cet article⁹⁵⁷. Il se base aussi sur le but de cette consultation qui est, selon lui, de « *garantir que le législateur est bien informé lorsqu'il adopte des mesures portant sur des sujets que la BCE connaît particulièrement bien ou pour lesquels elle possède une expérience particulière, notamment la **politique monétaire** »*⁹⁵⁸. La Cour reprend l'idée de l'avocat général au point 110. D'après l'arrêt, l'article 105 § 4 TCE (devenu 127 § 4 TFUE) sert « *à assurer que l'auteur d'un tel acte ne procède à son adoption qu'une fois entendu l'organisme qui, de par les attributions spécifiques qu'il exerce dans le cadre communautaire dans le domaine considéré et de par le haut degré d'expertise dont il jouit est particulièrement à même de contribuer utilement au processus d'adoption envisagé* »⁹⁵⁹. Le domaine d'expertise de la BCE est la monnaie.

C'est d'ailleurs ainsi que la doctrine a lu l'arrêt. Selon A. Arda : « *la Cour de justice a jugé dans l'arrêt OLAF que l'obligation de consultation de la BCE est la conséquence des fonctions spécifiques qu'elle exerce dans le domaine monétaire* »⁹⁶⁰. Insistant sur ce domaine d'expertise de la BCE, A. Arda se demande si la « théorie de l'acte clair » développée par la Cour de Justice en matière de renvoi préjudiciel ne peut pas s'appliquer aussi à la consultation de la BCE. Seraient ainsi dispensées de l'obligation de consultation les autorités nationales souhaitant avoir l'avis de la BCE sur un texte proche d'une disposition sur laquelle la Banque centrale se serait déjà prononcée, les avis de la BCE étant publiés⁹⁶¹. En matière de renvoi préjudiciel, J. Pertek estime que le rapport entre la Cour de Justice et les juridictions nationales peut se comparer à celui d'un généraliste et d'un spécialiste⁹⁶². L'analogie peut être

⁹⁵⁶ Conclusions de l'Avocat Général Jacobs du 3 octobre 2002, Commission c. BCE, précité.

⁹⁵⁷ « *Il en résulte, à notre avis, que l'article 105, paragraphe 4, CE {127 §4 TFUE} doit être interprété comme s'appliquant aux mesures proposées qui concernent les questions couvertes par l'article 105, paragraphe 2, CE {127 §2 TFUE} (politique monétaire, opérations de change, gestion des réserves étrangères et des systèmes de paiement) et peut-être aussi par l'article 105, paragraphes 5 et 6, CE {127 §5 et 6 TFUE} (contrôle prudentiel) et par l'article 106 CE {128 TFUE} (émission de billets et de pièces).* », *ibidem*.

⁹⁵⁸ *Ibidem*, nous soulignons.

⁹⁵⁹ CJCE 10 juillet 2003, Commission c. BCE, aff. C-11/00, précité.

⁹⁶⁰ « *the European Court of Justice ruled in the OLAF case that the obligation to consult the ECB follows from the specific functions that the ECB exercises in the monetary area* », ARDA A., « Consulting the European Central Bank. Legal aspects of the community and national authorities' obligation to consult the ECB pursuant to article 105(4) EC », précité, p. 138.

⁹⁶¹ *Idem*, p. 134-135.

⁹⁶² « *les rôles respectifs des juridictions des États membres et de la Cour de justice apparaissent marqués par la distinction entre généraliste et spécialiste. Ces rôles sont différents en même temps que complémentaires. Le juge généraliste qu'est le juge national est celui auquel on s'adresse normalement et en premier lieu. Le juge spécialiste est celui qui a vocation à intervenir dans certains cas, et par l'entremise du généraliste.* », PERTEK J., « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité - Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale - Office du mécanisme préjudiciel - Dialogue de juge à juge », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 360, §44.

poussée plus loin en s'appuyant sur l'arrêt OLAF. La BCE représente l'institution spécialisée dans la matière monétaire, confirmant ainsi qu'elle dispose d'une compétence monétaire. Cette conclusion peut être étendue à l'Eurosystème, ce dernier étant dirigé par les organes de direction de la BCE, elle-même membre de l'Eurosystème. Il s'agit d'une structure spécialisée ayant à sa tête une institution spécialisée. Cette étrangeté se confirme lorsque l'on passe les frontières de l'Union, la BCE jouissant d'une certaine autonomie au niveau international.

§.2 - La question de la compétence internationale de l'Eurosystème.

25 Les relations internationales de l'Union monétaire et le statut de la BCE en particulier sont les questions qui ont le plus agité la doctrine dans ce domaine. Une approche pragmatique s'impose. Ce domaine n'a été que très peu couvert par le droit primaire. Les rares dispositions des traités n'ont quasiment pas été utilisées. Le droit dérivé et la jurisprudence sont muets sur ce sujet. Il faut se reporter à la pratique des dix premières années de fonctionnement pour avoir une approche globale des compétences externes de l'Eurosystème.

26 Il ne s'agit pas de se livrer à une analyse exhaustive des articles du traité, notamment l'article 219 TFUE (ex article 111 TCE). Cela a déjà été fait à de nombreuses reprises⁹⁶³ et ne comporte ici qu'un intérêt limité. Il est au contraire intéressant de voir que la BCE a progressivement émergé sur la scène internationale. Elle y représente l'Eurosystème. Elle est devenue un acteur de référence dans les questions monétaires européennes, voire les problèmes plus généraux d'Union monétaire (B).

27 Pourtant ce rôle ne lui a pas été confié par le droit primaire. Ce dernier, au contraire, est plutôt le reflet du « *conflit latent entre pouvoir politique (ici le Conseil Ecofin ou l'Eurogroupe) d'une part et autorité monétaire (la BCE et l'Eurosystème) d'autre part* »⁹⁶⁴. Les articles du traité en témoignent. Ils ne confient pas expressément de pouvoir externe à la BCE, à part en matière de change. L'application de la théorie des compétences externes implicite de l'Union à l'Eurosystème permet pourtant de dégager une compétence internationale du système en parallèle de sa compétence interne (A).

A. *La reconnaissance des compétences internationales de l'Eurosystème.*

28 Les traités fondateurs n'étaient pas bavards sur les compétences internes des nouvelles communautés. Ils l'étaient encore moins sur leurs compétences externes. Ici tout le travail a été accompli par la Cour de Justice au fil de la procédure d'avis rendus selon la procédure de l'article 218 TFUE (ex article 300 TCE). Elle a ainsi développée la théorie du « *parallélisme*

⁹⁶³ Voir notamment SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, pp. 385-484 ; ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, dont le contenu est quasiment repris à l'identique dans leur ouvrage *The Law of the European Central Bank*, précité, pp. 171-245 ; LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 275-305 ; MARTUCCI F., « Union monétaire », précité, §§66-84.

⁹⁶⁴ LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 275.

des compétences internes et externes »⁹⁶⁵ de l'Union. Cette théorie s'applique aussi à l'Eurosystème dont les compétences externes seront le miroir des compétences internes (2).

29 Cela ne vaut qu'à un domaine près : celui de la politique de change. Dans cette matière, extrêmement sensible pour les États membres, le Conseil a souhaité garder le contrôle. Mais il n'a jamais mis à profit la compétence que le traité lui attribue, laissant la place à l'Eurosystème chargé de la gestion quotidienne des réserves de change (1).

1) La compétence subsidiaire de l'Eurosystème en matière de change.

30 Le Traité de Lisbonne regroupe, dans le Titre V : « *Accord internationaux* » de sa cinquième partie relative à « *L'action extérieure de l'Union* », les dispositions relatives à ce sujet alors que dans, le traité CE, elles étaient contenues avec les dispositions propres à l'UEM. Il prévoit à son article 218 la procédure ordinaire à suivre en vue de la conclusion d'un accord par l'Union. L'article 219 concerne une procédure spécifique en matière de change. Il y a là un signe patent de la spécificité de la matière monétaire. L'article 219 manque de cohérence dans sa construction interne.

Il faut rapidement passer sur son quatrième paragraphe : « *Sans préjudice des compétences et des accords de l'Union dans le domaine de l'Union économique et monétaire, les États membres peuvent négocier dans les instances internationales et conclure des accords internationaux* ». Il a un intérêt pratique limité et ne fait que reconnaître l'évidence d'une compétence internationale résiduelle des États dans les domaines où les compétences n'ont pas été transférées à l'Union. Même si, comme le précise V. Michel : « *Cette incise surprend dans la mesure où la matière monétaire relève de la compétence exclusive de la Communauté* »⁹⁶⁶. Il n'est présent que pour rassurer les États membres au mépris de la simplicité du traité. Les trois premiers paragraphes semblent concerner une matière unique : le change. En réalité, seuls les deux premiers paragraphes portent sur cette matière, le troisième ayant été interprété de manière plus large.

31 Le Conseil dispose, dans ce domaine, d'une compétence d'impulsion et d'encadrement des opérations de change qui sont menées par l'Eurosystème. Ce pouvoir lui est confié par l'article 127.2 : « *Les missions fondamentales relevant du SEBC consistent à : (...) conduire les opérations de change conformément à l'article 219* ». La BCE est chargée du volet pratique des opérations de change, le volet politique étant confié au Conseil. Il s'ensuit qu'en l'absence d'utilisation par le Conseil de ses pouvoirs, la BCE est libre de conduire les opérations de change, sous réserve du respect des objectifs du traité⁹⁶⁷.

L'article 219§1⁹⁶⁸ concerne la conclusion par l'Union d'accords formels portant sur un système de change de change. La notion « d'accord formel » a été précisée par la déclaration

⁹⁶⁵ GROUX J., « Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne », *CDE*, 1978 n°1, pp. 3-32.

⁹⁶⁶ MICHEL V., *Recherche sur les compétences de la Communauté*, précité, p. 117.

⁹⁶⁷ Voir, SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 397.

⁹⁶⁸ « *Par dérogation à l'article 218, le Conseil, soit sur recommandation de la Banque centrale européenne, soit sur recommandation de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne en vue de parvenir à un consensus compatible avec l'objectif de la stabilité des prix peut conclure des accords formels*

8 annexée au traité de Maastricht⁹⁶⁹, selon lequel il ne faut pas y voir une nouvelle catégorie d'accord internationaux, sans pour autant définir la notion. A la suite de R. Smits⁹⁷⁰, il faut entendre par là des accords instituant des systèmes de parités fixes entre les monnaies, à la manière des accords de Bretton Woods et tels que définis par l'article 4 de la section IV des Statuts du FMI⁹⁷¹. L'initiative de tels accords peut émaner de la Commission comme de la BCE. Lorsque la recommandation émane de la Commission, la BCE doit être consultée alors qu'aucune consultation de la Commission n'est prévue dans le cas inverse. La BCE jouit bien d'une place centrale en la matière ; d'autant que le Conseil doit – lorsqu'il recueille cet avis – chercher un « *consensus compatible avec l'objectif de stabilité des prix* ». Pour J.-V. Louis : « *la formule implique davantage qu'une simple demande d'avis mais sans octroyer à la BCE un droit de veto. Il faut viser un consensus* »⁹⁷². Lorsque de tels accords ont été conclus, le Conseil peut modifier les parités fixées, en adoptant la même procédure.

Jusqu'à présent aucun accord n'a été conclu selon cette procédure. Celle de l'article 219§2⁹⁷³, pourtant plus souple, n'a pas eu plus de succès. Elle permet au Conseil, suivant la même procédure que le premier paragraphe et en l'absence d'accords conclus selon cette disposition, de « *formuler des orientations générales sur la politique de change* » à destination de la BCE.

2

portant sur un système de taux de change pour l'euro vis-à-vis des monnaies d'États tiers. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen et conformément à la procédure prévue au paragraphe 3. Le Conseil, soit sur recommandation de la Banque centrale européenne, soit sur recommandation de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne en vue de parvenir à un consensus compatible avec l'objectif de la stabilité des prix, peut adopter, modifier ou abandonner les cours centraux de l'euro dans le système des taux de change. Le président du Conseil informe le Parlement européen de l'adoption, de la modification ou de l'abandon des cours centraux de l'euro ».

⁹⁶⁹ « *Déclaration relative à l'article 109 {art 111 CE} du traité instituant la Communauté européenne : La conférence souligne que les termes "accords formels" utilisés à l'article 109 paragraphe 1, n'ont pas pour but de créer une nouvelle catégorie d'accords internationaux au sens du droit communautaire* ».

⁹⁷⁰ « *The adjective {formal} was added to the term 'agreements' to make unambiguously clear that only Bretton Woods-type arrangements were intended in paragraph 1* » SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 380. Pour une analyse similaire, voir : LEBULLENGER J., « *La projection externe de la zone euro* », *RTDE*, 1998, pp. 459-478 et plus précisément p. 462 ; LOUIS J.V., « *Les relations internationales de l'Union économique et monétaire* » in AFDI, *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles – Colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 387-412, p. 393.

⁹⁷¹ « *Le Fonds peut décider, à la majorité de quatre-vingt-cinq pour cent du nombre total des voix attribuées, que les conditions économiques internationales permettent la mise en place d'un système généralisé de régimes de change reposant sur des parités stables mais ajustables. Le Fonds prend une telle décision sur la base de la stabilité sous-jacente de l'économie mondiale et, à cette fin, il tient compte de l'évolution des prix et des taux de croissance économique des États membres. La décision est également prise à la lumière de l'évolution du système monétaire international, eu égard en particulier aux sources de liquidités et, afin d'assurer le fonctionnement effectif d'un système de parités, aux dispositions en vertu desquelles tant les États membres dont la balance des paiements est excédentaire que les États membres ayant une balance des paiements déficitaire doivent prendre des mesures rapides, efficaces et symétriques afin de parvenir à l'ajustement, et aussi eu égard aux dispositions relatives aux interventions et au traitement des déséquilibres. Lorsqu'il prend une telle décision, le Fonds notifie aux États membres que les dispositions de l'annexe C deviennent applicables.* »

⁹⁷² LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 277-278.

⁹⁷³ « *En l'absence d'un système de taux de change vis-à-vis d'une ou de plusieurs monnaies d'États tiers au sens du paragraphe 1, le Conseil, statuant soit sur recommandation de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne, soit sur recommandation de la Banque centrale européenne, peut formuler les orientations générales de politique de change vis-à-vis de ces monnaies. Ces orientations générales n'affectent pas l'objectif principal du SEBC, à savoir le maintien de la stabilité des prix.* »

A notre connaissance, de telles orientations n'ont jamais été adressées à l'autorité monétaire. Un flou règne donc sur leur nature juridique. Il semble, d'après les Professeurs Smits et Louis⁹⁷⁴, qu'elles ne peuvent pas être considérées comme juridiquement contraignantes.

32 Enfin, le troisième paragraphe de l'article 219⁹⁷⁵ est plus général. Certains l'avait vu comme une disposition procédurale complétant le premier paragraphe⁹⁷⁶ et d'autres comme conférant à la Communauté « *une compétence externe explicite spécifique pour conclure des accords de droit international public dans le domaine monétaire et dans la matière des régimes de change à chaque fois que le besoin d'un tel accord se fait sentir dans la Communauté* »⁹⁷⁷. Ces derniers ont eu raison. Les accords avec les mini-États ayant adopté l'euro ont été conclus sur cette base⁹⁷⁸. Récemment, cette base juridique a été utilisée pour permettre le maintien de l'euro à Saint Barthelemy lorsque cette île est devenue un pays ou territoire d'outre mer au 1^{er} janvier 2012⁹⁷⁹. Encore une fois, la compétence appartient au Conseil mais l'avis de la BCE est indispensable.

C. Zilioli et M. Selmayr estiment que l'action de l'Union ne peut se faire qu'après avoir démontré qu'elle serait plus efficace que la BCE⁹⁸⁰. Une telle analyse va trop loin. Au contraire, l'article 219 a pour but de soustraire la politique de change de la compétence internationale de l'Eurosystème et de donner, dans ce domaine, la priorité au Conseil. La compétence de l'Eurosystème en matière de change est subsidiaire : elle intervient uniquement lorsque le Conseil n'a pas exercé la sienne. Dans un seul cas, la compétence revient de droit à l'Eurosystème : celui de la conduite des opérations de change. Dans ce domaine, les Statuts – à leur article 23 – confient au système le soin de détenir et gérer les réserves de change ainsi que les opérations d'achat et de vente d'avoir de change⁹⁸¹. En

⁹⁷⁴ Voir, LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 278 ; SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 398. Voir aussi LOPEZ ESCUDERO M., « La politique de change de l'euro », précité, p. 402.

⁹⁷⁵ « *Par dérogation à l'article 218, au cas où des accords sur des questions se rapportant au régime monétaire ou de change doivent faire l'objet de négociations entre l'Union et un ou plusieurs États tiers ou organisations internationales, le Conseil, sur recommandation de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne, décide des arrangements relatifs aux négociations et à la conclusion de ces accords. Ces arrangements doivent assurer que l'Union exprime une position unique. La Commission est pleinement associée aux négociations* ».

⁹⁷⁶ SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, pp. 402-408.

⁹⁷⁷ « *an explicit external competence to enter into public international law agreements on monetary and foreign exchange regime matters whenever there is a need for such agreements to be concluded by the Community.* » ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité 296.

⁹⁷⁸ Sur ces accords voir : Introduction ; LOUIS J.V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 283-284 ; MARTUCCI F., « Union monétaire », précité, §76 et LOPEZ ESCUDERO M., « La politique de change de l'euro », précité, pp. 380-387 et, du même auteur, « La politique de taux change de l'euro vis-à-vis des monnaies de pays tiers » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 281-300.

⁹⁷⁹ Voir, LOPEZ ESCUDERO M., « La politique de change de l'euro », précité, pp. 388-389.

⁹⁸⁰ « *In respect of the ECB's competence, the Community will have to show a need that not the ECB – as the specialized organization responsible for the monetary policy of the Community –, but the Community itself has to conclude a public international agreement* » ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité 298.

⁹⁸¹ Pour plus de détails, voir *idem*, pp. 305-310.

revanche, la teneur de ces opérations dépendra de l'exercice – ou non – par le Conseil de sa compétence qui peut lier le système dans la conduite des opérations mais dont l'exercice effectif ne relève que du système. Pour les autres matières relevant du domaine monétaire, la compétence de l'Eurosystème, bien qu'implicite, est exclusive.

2) La compétence externe implicite de l'Eurosystème dans le domaine monétaire.

33 Les changes ne sont que la partie la plus voyante et la plus sensible du volet externe de la monnaie. Tous les pouvoirs évoqués au premier paragraphe trouvent une déclinaison à l'international et, en application de la jurisprudence de la Cour de Justice, cette compétence est dévolue à l'Union. Il est possible de pousser plus loin cette interprétation de la jurisprudence et estimer que cette compétence revient à l'Eurosystème⁹⁸².

34 La Cour de Justice a précisé l'étendue des compétences externes de l'Union au fil d'avis et d'arrêts rendus dans les années soixante-dix⁹⁸³. Celui dit AETR⁹⁸⁴ est passé à la postérité. Il a pourtant pris tout son sens à la lecture de l'arrêt Kramer⁹⁸⁵. Cette jurisprudence a été synthétisée par l'avis 1-76⁹⁸⁶. Le premier reconnaît l'existence d'une compétence externe à la Communauté mais reste flou sur son étendue, au point qu'une majorité de la doctrine pensait que les compétences externes implicites ne pouvaient naître que dans les domaines de compétences de la Communauté et lorsque celle-ci l'avait effectivement exercée⁹⁸⁷. Le second apporte les précisions nécessaires : la compétence externe peut résulter « *non seulement d'une attribution explicite par le traité, mais peut découler également de manière implicite d'autres dispositions du traité* » (§20).

Enfin, l'avis 1-76 vient résumer la méthode de reconnaissance de la compétence de la Communauté : « *chaque fois que le droit communautaire a établi dans le chef des institutions de la Communauté des compétences sur le plan interne en vue de réaliser un objectif déterminé, la Communauté est investie de la compétence pour prendre des engagements internationaux nécessaires à la réalisation de cet objectif, même en l'absence de disposition*

⁹⁸² Ce qui semble évident pour les membres de l'Eurosystème. Voir, PADOA-SCHIOPPA T., « The external representation of the euro area », 17 mars 1999 : « *The singleness of monetary policy implies that the euro area is represented externally by the Eurosystem* ».

⁹⁸³ Voir, LOUIS J.-V., « Observations sous l'arrêt du 31 mars 1971 – affaire 22/70 (A.E.T.R.) », *CDE*, 1971, pp. 479-490, KOVAR R., « L'affaire de l'A.E.T.R. devant la Cour de justice des Communautés européennes et la compétence internationale de la C.E.E. », *AFDI*, 1971, Vol. 17, pp. 386-418 et GROUX J., « Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne », précité, p. 3. Pour un panorama actuel de cette doctrine voir LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, précité, pp. 87-88.

⁹⁸⁴ CJCE, 31 mars 1971, Commission c. Conseil, 22/70, Rec. 1971 p. 00263.

⁹⁸⁵ CJCE, 14 juillet 1976, Corneliis Kramer et autres, aff. jtes. 3 4 et 6/76, Rec. 1976 p. 01279.

⁹⁸⁶ CJCE 26 avril 1977, Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, avis 1/76. Rec. 1977 p. 00741.

⁹⁸⁷ Voir KOVAR R., « L'affaire de l'A.E.T.R. devant la Cour de justice des Communauté européenne et la compétence internationale de la C.E.E. », précité, p. 400 : « *En réalité, le raisonnement de la Cour n'est pas exactement celui-là. Elle n'exige pas seulement l'existence d'une compétence décisive interne, mais l'existence d'une décision communautaire relative à la matière considérée* » et LOUIS J.-V., « Observations sous l'arrêt du 31 mars 1971 – affaire 22/70 (A.E.T.R.) », précité, p. 482 : « *les États ont perdu la compétence interne au fur et à mesure que sont adoptées des règles communes* ».

expresse à cet égard » (§3). La position de la Cour de justice a été réitérée dans les années quatre-vingt dix⁹⁸⁸. Elle a affiné son raisonnement entre l'existence, au profit de l'Union, d'une compétence externe et le caractère exclusif de cette compétence⁹⁸⁹. Pour la Cour, dans les domaines de compétences exclusives de l'Union, les États membres perdent leur compétence internationale. La Cour l'a précisé dans l'avis 1-75⁹⁹⁰ relatif la compétence commerciale commune, or ce qui est dit en la matière paraît « *s'adapter à merveille à la situation créée par le transfert de compétences intervenu en matière de politique monétaire* »⁹⁹¹.

35 En matière monétaire, compétence exclusive de l'Union, celle-ci dispose d'une compétence internationale totale. Le partage des compétences implicites formulé en terme vertical se pose alors ici en terme horizontal. La jurisprudence de la Cour exposée précédemment, est transposable dans le domaine de la répartition horizontale. La compétence appartient à l'Eurosystème, dans les cas où le traité n'a pas prévu une action préalable du Conseil. Comme le rappellent C. Zilioli et M. Selmayr, la Cour de justice estime qu' : « *on ne saurait, dès lors, dans la mise en œuvre des dispositions du traité, séparer le régime des mesures internes à la Communauté de celui des relations extérieures* »⁹⁹². Ce dogme valable

⁹⁸⁸ Pour un résumé assez clair de la position de la Cour voir, avis de la Cour du 24 mars 1995, Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national, avis 2/92, Rec.1995 p. I-00521, §§ 31-33. Voir aussi Avis de la Cour du 19 mars 1993, avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, avis 2/91, Rec.1993 p. I-01061 §§25-26 ; Avis de la Cour du 15 novembre 1994, Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle - Procédure de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE, avis 1/94, Rec. 1994 p. I-05267, §§77 ; Avis de la Cour du 28 mars 1996, adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avis 2/94, Rec.1996 p. I-01759, §§26-27. Pour une interprétation restrictive de cette doctrine voir CJCE, 5 novembre 2002, Commission c. RFA, aff. C-476/98, Rec.2002 page I-09855.

Cette doctrine a été constitutionnalisée avec le traité de Lisbonne à l'article 3 §2 du TFUE : « *L'Union dispose également d'une compétence exclusive pour la conclusion d'un accord international lorsque cette conclusion est prévue dans un acte législatif de l'Union, ou est nécessaire pour lui permettre d'exercer sa compétence interne, ou dans la mesure où elle est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée.* »

⁹⁸⁹ « *Les avis rendus dans les années 90 peuvent donc être considérés comme comportant l'ébauche d'une systématisation plus complète de la théorie des compétences implicites. Celle-ci comprendrait deux corps de règles : celles relatives aux conditions d'existence du titre implicite de compétence et celles nécessaires à la qualification de cette compétence.* », MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, précité, p. 302.

⁹⁹⁰ CJCE, 11 novembre 1975, Avis 1-75, Rec. 75 p. 01355 : « *On ne saurait dès lors admettre que, dans un domaine tel que celui réglé par l'arrangement en cause, et qui relève de la politique d'exportation et plus généralement de la politique commerciale commune, il y ait une compétence des États membres parallèle à celle de la Communauté, dans l'ordre communautaire aussi bien que dans l'ordre international. Les dispositions des articles 113 et 144 relatives aux conditions dans lesquelles, selon le traité, doivent être conclus les accords en matière de politique commerciale, laissent apparaître qu'une compétence parallèle des États membres et de la Communauté en la matière est exclue.*

Admettre une telle compétence équivaldrait en effet à reconnaître que les États membres peuvent prendre, dans les rapports avec les pays tiers, des dispositions divergentes de celles que la Communauté entend assumer, et reviendrait de ce fait à fausser le jeu institutionnel et à ébranler les rapports de confiance à l'intérieur de la Communauté et à empêcher celle-ci de remplir sa tâche, dans la défense de l'intérêt commun. »

⁹⁹¹ LOUIS J.V., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », précité, p. 391.

⁹⁹² CJCE, 31 mars 1971, Commission c. Conseil, 22/70, précité, §19.

pour la répartition verticale est transposable aux conflits horizontaux. Ainsi, l'Eurosystème détenteur des compétences internes est celui des compétences externes⁹⁹³. Ce raisonnement est parfaitement cohérent avec la jurisprudence. La compétence du système ne serait que partielle, s'il ne pouvait pas, lorsque les conditions l'exigent, conclure des conventions internationales pour atteindre les buts que lui fixe le traité.

Ainsi, la doctrine du parallélisme des compétences s'applique à l'Eurosystème et les compétences décrites précédemment ont une déclinaison externe. Le système, par le biais de la personnalité internationale de la BCE, pourra alors conclure des accords dans le domaine des systèmes de paiement⁹⁹⁴, de la politique monétaire et des statistiques. Pour ces sphères de compétence, la BCE n'a pas conclu d'accord formel mais a développé une collaboration fonctionnelle avec le FMI, l'OCDE et d'autres banques centrales. Elle n'a conclu, à ce jour, qu'un seul accord avec Interpol en 2004⁹⁹⁵.

La portée des accords conclus par la BCE est sujette à discussion. Le traité précise que : « *Les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres* »⁹⁹⁶. Rien n'est dit à propos des accords conclus par la BCE. C. Zilioli et M. Selmayr adoptent une position large et considèrent qu'ils appartiennent au droit de l'Union⁹⁹⁷ et doivent lier, au nom du principe de coopération loyale posé par l'article 4 paragraphe 3 TFUE, les autres institutions de l'Union tenues de faciliter la mise en œuvre par la BCE de l'accord⁹⁹⁸. Une telle réponse est juste mais doit être nuancée. Les accords signés par la BCE ne peuvent imposer aucune obligation aux autres institutions ou aux États membres car, dans ce cas, ils seraient nuls. La BCE est incompétente pour engager les autres institutions de l'Union. En revanche, les accords signés par la BCE font partie intégrante de l'ordre juridique de l'Eurosystème⁹⁹⁹. En tant que tels, ils lient les BCN qui doivent les exécuter. Cette question semble vouée à

⁹⁹³ « *The case law of the ECJ thus implies that there should always be identity between the bearer of internal and external competences, as only this makes an efficient and coherent exercise of such competences possible. Following this logic, the ECB is the natural bearer of external competences in the field of monetary policy, including external representation and the conclusion of agreements in areas paralleling the ECB's internal competences* », ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, p. 292.

Le dernier point soulevé par les auteurs, à savoir l'attribution d'une compétence à la BCE, ne saurait valoir. C'est bien l'Eurosystème dans son ensemble qui est détenteur des compétences internes (voir supra) et donc celui des compétences externes.

⁹⁹⁴ Voir ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, pp. 313-314.

⁹⁹⁵ Un seul existe aujourd'hui : Accord de coopération entre la Banque centrale européenne et l'Organisation internationale de police criminelle Interpol, précité.

⁹⁹⁶ Art. 217 §2 TFUE.

⁹⁹⁷ « *the effect of ECB agreements is not limited to the ECB itself. ECB agreements form an integral part of Community law, as they are negotiated and concluded by the ECB, which is a specialized organization of Community law separate from the Community, but is still established by the Treaty and thus legally acting under the Treaty* », ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, p. 315-316.

⁹⁹⁸ « *The institutions and bodies of the Community and all Member States are thus obliged to facilitate the fulfilment of the obligations stemming from an ECB agreement, and to abstain from any measure which could jeopardize their attainment by the ECB* », *ibidem*.

⁹⁹⁹ Sur cette notion, voir *infra* Chapitre suivant.

rester marginale tant l'Eurosystème se caractérise par son action concrète pour plus que normative.

B. La BCE : acteur international comme institution spécialisée dans le domaine monétaire.

Ainsi, il existe au sein de l'Union un partage de compétence horizontal entre l'Eurosystème et le Conseil dans le domaine de l'Union monétaire, et plus particulièrement dans son action extérieure. Ce partage des compétences induit un partage de la représentation de la zone euro¹⁰⁰⁰. Cette question est en réalité double. Comme le souligne M. Dony, elle recouvre « la participation », à savoir « son statut au sein ou auprès de l'organisation en question » et « la représentation au sens strict : comment est assurée la participation effective de la Communauté, une fois son statut décidé »¹⁰⁰¹. Cette distinction rend encore plus complexe le problème de l'action extérieure de l'union monétaire. Tous les cas de figure ne seront pas ici étudiés¹⁰⁰² ; seul le rôle joué par la BCE le sera. Les questions de représentation et de participation sont abordées par le traité mettant en place des instruments pour les régler.

De manières cumulatives, deux points doivent être tranchés : la participation du Conseil ou de l'Eurosystème – abordée par l'article 138 TFUE ex. 111 paragraphe 4 TCE – et dans le second cas celle de la voix de l'Eurosystème (article 6 des Statuts). Le Conseil a tranché de manière floue, tant dans la forme que dans le fond. Le traité ouvre la possibilité au Conseil d'adopter une décision. Malgré les efforts de la Commission, le Conseil européen s'est contenté d'une résolution en 1997 et de préciser les grandes lignes de la représentation externe de la zone euro dans les conclusions de sa réunion de Vienne en 1998¹⁰⁰³. Il a préféré, selon J.-V. Louis, « s'engager dans une voie plus pragmatique »¹⁰⁰⁴. Le Conseil décide, de manière quelque peu paradoxale, que l'Union doit parler d'une seule voix et sera représentée par le président du Conseil Ecofin ou celui de l'Eurogroupe (s'ils ne coïncident pas) et/ou par

¹⁰⁰⁰ « we turn to a more practical point: the question of which entity is allowed to speak on behalf of the euro area », ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, p. 335.

¹⁰⁰¹ DONY M., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire » in DONY M. (dir), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, pp. 241-256, ici p. 250.

¹⁰⁰² Pour plus de détails voir ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects » qui étudient la majorité des cas de figure. Pour des exposés plus concis, voir DONY M., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire » et LOUIS J.V., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », précités.

¹⁰⁰³ Dans une résolution du 12 décembre 1997, le Conseil européen a posé les grandes lignes de la représentation externe de l'UEM, résolution du Conseil européen sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'UEM et sur les articles 109 et 109B du traité, du 12 décembre 1997 (98/C 35/01), JO C n° 35 du 2/02/1998). La Commission a mis ces orientations en forme dans une proposition de décision du 9 novembre 1998 (Communication de la Commission du 9 novembre 1998, Proposition de décision du Conseil sur la représentation et la prise de position de la Communauté au niveau international dans le contexte de l'Union économique et monétaire, COM(1998)637 final). Le Conseil a suivi le contenu de la proposition mais sans lui donner de caractère formel (Conseil européen de Vienne, 11 et 12 décembre 1998, Conclusions de la présidence). Voir : SMITS R., « International representation of Europe in the area of economic and monetary union : legal issues and practices in the first ten years of the Euro », *Euredia*, 2009/2, pp. 297-333, plus précisément pp. 309-310 ; LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 289-290.

¹⁰⁰⁴ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 289.

la BCE¹⁰⁰⁵. En faisant ce choix, le Conseil européen a limité celui de l'Eurosystème ouvert par l'article 6 paragraphe 1 des Statuts selon lequel : « *Dans le domaine de la coopération internationale concernant les missions confiées au SEBC, la BCE décide de la manière dont le SEBC est représenté* ». Cet article n'a pas été mis en œuvre, si bien que la répartition des compétences entre BCE et BCN n'est pas claire. Les BCN continuent à exister sur la scène internationale, parfois aux côtés de la BCE. Mais la place prépondérante jouée par la BCE au sein du système et le rôle que lui confie le Conseil européen permettent de conclure à la priorité de la BCE sur les BCN en tant que représentante de l'Eurosystème.

Le pragmatisme de ces solutions ne va pas sans poser de problèmes. La question centrale est de savoir si la BCE dispose d'une personnalité juridique internationale. Pour les docteurs Zilioli et Selmayr, cela ne fait pas de doute et ne mérite pas débat¹⁰⁰⁶. Au contraire, la notion de personnalité internationale est floue et mérite de s'y attarder (1). Au delà du débat sémantique autour de cette personnalité, la BCE est devenue un acteur de référence dans le domaine monétaire et financier (2).

1. La reconnaissance pragmatique progressive de la personnalité internationale de la BCE.

La notion même de personnalité internationale est délicate à cerner. Elle est rarement reconnue directement par les actes créant les organisations mais par leur comportement. La notion de personnalité, à propos des organisations internationales et aussi de la BCE, doit être entendue – à la suite de P. Pescatore – de manière simple comme : « *l'aptitude à agir dans le milieu de la société internationale* »¹⁰⁰⁷.

Dans l'affaire AETR précitée, la Cour de Justice – pour reconnaître la personnalité internationale de la Communauté – commence par citer l'article 281 TCEE lui attribuant la personnalité juridique¹⁰⁰⁸. Pour reconnaître le versant international de cette personnalité, elle questionne le « *système général du droit communautaire relatif aux rapports avec les États tiers* »¹⁰⁰⁹ ainsi que les dispositions matérielles du traité¹⁰¹⁰. Le raisonnement de la Cour

¹⁰⁰⁵ Conseil européen de Vienne, Conclusions de la Présidence. Il aurait d'ailleurs été délicat de faire autrement. Comme le précisait le P. Pescatore à propos de la représentation de la Communauté : « *Il me semble, tout d'abord, qu'il est une chose illusoire et impossible de vouloir donner à la représentation internationale de la Communauté européenne, même unifiée, la même cohésion que comporte la représentation internationale des États* », PESCATORE P., « La personnalité internationale de la Communauté » in MELCHIOR M., *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifiée*, Université de Liège, Liège, 1969, pp. 77-113, ici pp. 95-96.

¹⁰⁰⁶ ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, pp. 282-286.

¹⁰⁰⁷ PESCATORE P., « La personnalité internationale de la Communauté » précité, p. 83. Pour un raisonnement opposé menant son auteur à nier la personnalité internationale de la Communauté voir QUADRI R., « La personnalité internationale de la Communauté » in MELCHIOR M., *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifiée*, Université de Liège, Liège, 1969, pp. 41-74.

¹⁰⁰⁸ CJCE, 31 mars 1971, Commission c. Conseil, précité, §13.

¹⁰⁰⁹ *Idem*, §12.

¹⁰¹⁰ C'est aussi la vision de P. Pescatore pour qui la personnalité est : « *un jugement a posteriori qui se déduit non seulement des clauses générales, mais encore des dispositions particulières de la constitution et, pour le surplus,*

oscille entre la question de la compétence et celle de la capacité. Elle reconnaît la seconde indépendamment de la première à partir de « *l'intention générale des parties contractantes de l'autoriser à participer comme telle au commerce juridique international* »¹⁰¹¹. Ainsi, pour la Cour de justice, l'intention des parties est primordiale. L'existence de relations effectives vient confirmer cela.

Ce type de raisonnement est aussi suivi par la Cour internationale de justice¹⁰¹². Elle a donné une définition fonctionnelle de la personnalité internationale dans son avis consultatif du 11 avril 1949 à propos des Nations Unies¹⁰¹³. La Cour estime à propos de la notion de « personnalité internationale » que « *Cette dernière expression est, sans doute, une expression de doctrine qui, parfois, a été contestée* »¹⁰¹⁴. Elle l'emploie pour désigner que « *l'Organisation, si elle est reconnue comme possédant cette personnalité, est une entité capable d'être bénéficiaire d'obligations incombant à ses Membres* »¹⁰¹⁵. Pour la découvrir il faut « *considérer les caractères* » de la personnalité étudiée. Deux catégories de caractères sont à étudier : ceux relatifs au statut de l'organisation avec ses membres et notamment « *une capacité juridique, des privilèges et immunités sur le territoire de chacun des membres* » et, ensuite, les rapports de l'organisation avec d'autres sujets du droit international¹⁰¹⁶. Cette distinction a été reprise par la doctrine de droit international public¹⁰¹⁷. La personnalité internationale se découvre surtout à l'action de l'organisation en cause¹⁰¹⁸.

Le même raisonnement peut être suivi pour la BCE¹⁰¹⁹. Le versant interne de la personnalité est reconnue par le traité à son article 282 paragraphe 3 en ces termes : « *La Banque centrale*

2

de la pratique institutionnelle », PESCATORE P., « La personnalité internationale de la Communauté », précité, p. 84. Sur ce thème voir MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, précité, pp. 295-297.

¹⁰¹¹ KOVAR R., « L'affaire de l'A.E.T.R. devant la Cour de justice des Communauté européenne et la compétence internationale de la C.E.E. », précité, p. 394. De même J.-V. Louis : « *Reconnaître à la Communauté la capacité de conclure des accords ne signifie pas qu'elle dispose dans tous les cas, de la compétence de contracter avec des États tiers* » LOUIS J.-V., « Observations sous l'arrêt du 31 mars 1971 – affaire 22/70 (A.E.T.R.) », précité, p. 480.

¹⁰¹² Même si pour R. Kovar, « *sans être nécessairement identiques les deux démarches – celle de la Cour des Communautés et celle de la Cour Internationale – ont cependant une parenté incontestable.* », KOVAR R., « L'affaire de l'A.E.T.R. devant la Cour de justice des Communauté européenne et la compétence internationale de la C.E.E. », précité, p. 396.

¹⁰¹³ Cour internationale de Justice, 11 avril 1949, Avis consultatif « Réparation des dommages subis au service des Nations Unies », Recueil des arrêts, avis consultatifs et des ordonnances, 1949, p. 174.

¹⁰¹⁴ *Idem*, p. 178.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*.

¹⁰¹⁶ *Idem*, p. 179.

¹⁰¹⁷ Pour P.-M. Dupuy « *La personnalité juridique de l'organisation est double : elle s'affirme à la fois et de façon distincte, dans l'ordre juridique interne et dans l'ordre juridique international* », DUPUY P.-M., *Droit international public*, 9^{ème} Ed., Dalloz, Paris 2008,

¹⁰¹⁸ « *La reconnaissance de l'organisation par les tiers comme être distinct résulte moins d'actes exprès que de comportements attestant leur acception tacite de la qualité de l'organisation pour représenter l'intérêt collectif de ses membres ou ses intérêts propres.* », COMBACAU J. & SUR S., *Droit international public*, 8^{ème} Ed., Montchrestien, Lextenso, Paris, 2008, p. 712.

¹⁰¹⁹ Il faut garder à l'esprit, avant de raisonner pour la BCE par analogie à partir de l'avis de la Cour, qu'il est relatif à l'Organisation des Nations Unies qui – d'après la Cour – « *est actuellement le type le plus élevé d'organisation internationale* ». Cour internationale de Justice, 11 avril 1949, précité, p. 179.

européenne a la personnalité juridique ». Cet aspect a été confirmé par les privilèges et immunités qui lui ont été reconnus par République Fédérale d'Allemagne sur le territoire de laquelle la BCE a son siège. Cet accord de siège signé le 8 septembre 1998¹⁰²⁰ reconnaît notamment¹⁰²¹ des locaux et des correspondances de la BCE¹⁰²² et l'exempte de certaines taxes¹⁰²³. La BCE jouit ainsi du premier aspect indispensable à la reconnaissance d'une personnalité internationale¹⁰²⁴.

La seconde condition, la capacité d'action au-delà des États membres, est plus délicate à cerner. Le problème est complexe pour la BCE qui n'est pas une organisation internationale mais une institution appartenant à une organisation internationale, d'autant que le traité est silencieux sur ce point. Le raisonnement suivi, sur ce point, par C. Zilioli et M. Selmayr est assez pertinent. Ils constatent, en premier lieu, que la majorité des Banques centrales nationales ont une capacité à conclure des accords, notamment entre elles. Ils ajoutent que la Banque européenne d'investissement a déjà conclu certains accords et jouit ainsi de la personnalité internationale¹⁰²⁵. L'argument le plus convaincant mis en avant par ces auteurs est celui du texte du traité qui semble concevoir une personnalité internationale à la BCE. Outre les articles 127 paragraphe 2 TFUE qui assignent à la BCE la mission de conduire les opérations de change et l'article 6 des Statuts donnant au système la possibilité de choisir son mode de représentation internationale, c'est l'article 23 des Statuts qui est ici déterminant. Il autorise la BCE, et les BCN, à « *entrer en relation avec les banques centrales et les établissements financiers des pays tiers et, en tant que de besoin, avec des organisations internationales* ». Evidemment, cet article ne mentionne pas expressément la possibilité de conclure des accords. Au delà des subtilités rédactionnelles, il est clair que le traité imagine une projection externe pour la BCE et lui confère une personnalité juridique. La pratique de la BCE confirme qu'il s'agit bien là d'une personnalité internationale. La BCE a signé des accords avec des organisations internationales et a été reconnue par d'autres États¹⁰²⁶.

¹⁰²⁰ Headquarters Agreement between the European Central Bank and the Government of the Federal Republic of Germany concerning the seat of the European Central Bank, 18 septembre 1998, www.ecb.eu.

¹⁰²¹ Pour plus de détails sur les privilèges et immunités de la BCE voir, GRUBER G. & BENISCH M., « Privileges and immunities of the European Central Bank », ECB, Legal Working Paper Series, N°4 Juin 2007, www.ecb.eu, 46p..

¹⁰²² Headquarters Agreement between the European Central Bank and the Government of the Federal Republic of Germany, Art. 2 à 4.

¹⁰²³ *Idem*, Art. 7, par exemple.

¹⁰²⁴ « *il est ainsi devenu indispensable (...) de se voir reconnaître dans l'ordre juridique interne des États membres l'éventail presque complet des aptitudes ou capacités juridiques attachées par ces droits internes à la possession de la personnalité juridique* », DUPUY P-M, *Droit international public*, 9^{ème} Ed., précité, p. 184.

¹⁰²⁵ « *it is conceivable that a public bank, and in particular a central bank, may enjoy international legal personality. In the same way as States, for functional reasons, have sometimes endowed public banks, and in particular central banks, with (limited) international legal personality, Community law is open for an international legal personality of public banks established under the treaty. Already the European Investment Bank (EIB) enjoys an international legal personality separate from that of the Community* », ZILIOLO C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, p. 282.

¹⁰²⁶ « *More important is that third countries recognize the ECB's international legal personality, as such recognition is, from a public international law perspective, the constitutive element of international legal personality in these relations* », *idem*, p. 285. Leur article datant de 1999, les auteurs n'avaient pas encore de

Ainsi, la BCE a signé un accord de coopération avec Interpol en mars 2004¹⁰²⁷. L'accord a pour objet la lutte contre le faux monnayage. Sa présence confirme la capacité de la BCE à conclure des accords internationaux. Le domaine dans lequel il intervient ainsi que son texte même, soulignent la capacité d'action matérielle limitée de la BCE, qui ne peut intervenir que dans son domaine de compétence. Dans les motifs de l'accord, il est précisé que : « *la BCE est seule habilitée à autoriser l'émission de billets dans les États membres de l'Union européenne qui ont adopté l'euro comme monnaie unique et qu'à ce titre, elle est chargée de la protection de l'euro contre le faux monnayage* ». Cette rédaction renvoie à la compétence interne exclusive de la BCE, lui accordant ainsi la compétence à agir au niveau international.

Dans la suite de sa compétence opérationnelle, la BCE conclut fréquemment des accords de *swap* de change¹⁰²⁸ avec des banques centrales extérieures à la zone Euro, notamment la Norvège et les États-Unis dès 1999¹⁰²⁹. Tous les accords signés par la BCE interviennent dans son domaine de compétence exclusive. Sa personnalité internationale est limitée à ce domaine. Dans les autres, elle est soumise au Conseil¹⁰³⁰.

Dernier signe de la reconnaissance de cette personnalité internationale, l'immunité qui a été reconnue à la BCE par les États Unis d'Amérique. Le 5 novembre 2002, le Congrès a modifié la loi dite « *International Organizations Immunities Act* » afin de faire entrer la BCE dans son champ d'application¹⁰³¹. Le 29 mai 2003, le Président George W. Bush a, par le biais d'un « *Executive Order* », étendu les privilèges prévus par l'acte précité à la BCE¹⁰³². Au terme du raisonnement, pour reprendre les mots de J.-V. Louis, la conclusion est qu'« *il est (...) admis que cette personnalité est aussi de droit international* »¹⁰³³ surtout dans la perspective de la

2

matériaux sur lesquels s'appuyer pour confirmer ou infirmer leur hypothèse. Celle-ci se confirme avec la pratique.

¹⁰²⁷ Accord de coopération entre la Banque centrale européenne et l'Organisation internationale de police criminelle Interpol, précité.

¹⁰²⁸ Ce qui correspond à un « *achat/vente d'une devise contre une autre, simultanément au comptant et à terme* » (appendice 2 de l'Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité).

¹⁰²⁹ BCE, *Rapport annuel 1998*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 1999, p. 99.

¹⁰³⁰ « *Ces dispositions {art. 6 des Statuts et 138 TFUE} ne peuvent être comprises comme donnant à la BCE le droit de décider, sans le concours du Conseil, de participer à des organisations dont les États sont parties. En revanche, le SEBC n'a besoin du concours de personne pour organiser, par exemple (...), ses relations avec la Banque des règlements internationaux (BRI), organisation spécialisée (...). Le Conseil ne peut s'immiscer dans la conduite des affaires monétaires sous le couvert d'une action externe de la Communauté et la BCE doit s'insérer dans le contexte international en tenant compte des aspects de politique globale de la Communauté.* », LOUIS J.-V., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire » in AFDI, *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles – Colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 387-413, ici p. 400.

« *However, the international legal personality of the ECB (...) is only a derivative one, just like that of international organizations, of national central banks or of the sub-entities of federal States. Therefore, it is first of all limited to the specific field of tasks entrusted to the ECB by the Treaty which are essentially confined to monetary policy and related matters.* », ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, p. 284.

¹⁰³¹ Public Law 107-278, Nov. 5, 2002, 116 STAT. 1939.

¹⁰³² Executive Order 13307 of May 29, 2003.

¹⁰³³ LOUIS J.-V., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », précité, p. 399. Voir aussi ZILIOLI C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité,

définition donnée par P. Pescatore « *conçue en fonction de l'autonomie d'action* »¹⁰³⁴. Il ne faut pas limiter le raisonnement à la personnalité internationale de la BCE, mais l'élargir au rôle qu'elle joue sur la scène internationale.

2. La BCE acteur spécialisé sur la scène internationale.

La BCE est aujourd'hui reconnue au niveau international pour sa compétence, non pas juridique, mais technique dans les domaines dans lesquels elle exerce. En tant que tel, elle a intégré un certain nombre d'organisations et de forums au sein desquels elle peut faire entendre la voix de la zone Euro. Elle tisse aussi des relations bilatérales avec certaines banques centrales de pays tiers auprès desquelles elle fournit une expertise.

La création de l'Union économique et monétaire pose des problèmes de représentation au sein des organisations internationales spécialisées, et notamment le FMI. La doctrine s'est amplement penchée sur le sujet¹⁰³⁵. Ce délicat problème a été partiellement réglé. Aucun changement n'a été apporté à la structure du fond qui reste basée sur le principe de la participation étatique¹⁰³⁶. La BCE s'est alors vue reconnaître le statut d'observateur auprès du fond dès le 1^{er} janvier 1999¹⁰³⁷. Ce statut n'a pas empêché la BCE de prendre part à la vie du fond. Ainsi, le 15 novembre 2000, la BCE est devenue détentrice agréée de droits de tirages spéciaux¹⁰³⁸, un panier de monnaies servant d'actif de réserve au FMI¹⁰³⁹. Elle participe aussi, en qualité d'observateur, au conseil d'administration du fond mais aussi à son Comité monétaire et financier international¹⁰⁴⁰.

Pour ce faire, le Président de la Banque a désigné son représentant permanent à Washington DC. Tous les ans, voire plusieurs fois par an, une délégation du FMI se rend à la BCE afin d'échanger sur la situation financière et économique de la zone Euro. Les données recueillies

2

p. 77-82 et notamment p. 78, où il parlent de : « *Growing Recognition of the International Legal Personality of the ECB* ».

¹⁰³⁴ PESCATORE P., « La personnalité internationale de la Communauté » précité, p. 84.

¹⁰³⁵ Une grande partie de la littérature consacrée aux relations internationales de l'UEM aborde le sujet. Voir : LOUIS J.-V., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », précité, p. 406-408, DONY M., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire », précité, p. 252-256, ZILIOLI C. & SELMAYR M. « The external relations of the Euro area: legal aspects », précité, p. 339 et LEBULLENGER J., « La projection externe de la zone euro », précité, 468-477. Ces articles sont majoritairement prospectifs. Pour un bilan de la pratique voir SMITS R., « International representation of Europe in the area of economic and monetary union : legal issues and practices in the first ten years of the Euro », précité.

¹⁰³⁶ Voir SMITS R., « International representation of Europe in the area of economic and monetary union : legal issues and practices in the first ten years of the Euro », précité, p. 310.

¹⁰³⁷ Voir IMF Press release 98/64 du 22 décembre 1998.

¹⁰³⁸ Ce statut a été renforcé par « *un accord de vente et d'achat de droits de tirage spéciaux (DTS), entre le FMI et la BCE, en tant que détenteur agréé, le 18 avril 2001* » (BCE, *Rapport annuel 2001*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2002, p. 111).

¹⁰³⁹ Voir BCE, *Rapport annuel 2000*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2001, p. 113. La BCE précise que « *Le statut de détenteur agréé permet à la BCE d'échanger des DTS contre des monnaies librement utilisables (le dollar des Etats-Unis, l'euro, la livre sterling et le yen japonais) lors de transactions volontaires avec des pays membres du FMI et d'autres détenteurs agréés.* » (p. 113). Ce même rapport précise comment le panier servant de calcul au DTS a été révisé pour intégrer l'Euro.

¹⁰⁴⁰ BCE, *Rapport annuel 1999*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2000, p. 90.

sont principalement présentées dans un « *rapport d'évaluation des politiques de la zone euro* »¹⁰⁴¹, rapport particulièrement crucial depuis le déclenchement de la crise.

La BCE est aussi intégrée dans les différentes réunions des G7 et G20, notamment celles des ministres des Finances et des Gouverneurs des Banques centrales. L'Union européenne étant membre du G 20, la BCE l'est aussi¹⁰⁴². Le même type de coopération a été noué avec l'OCDE qui se rend fréquemment en mission à Francfort afin de publier un rapport sur « *la situation économique générale de la zone euro* »¹⁰⁴³. La BCE est un membre particulièrement actif de la Banque des règlements internationaux, au conseil d'administration de laquelle siège le Président de la BCE¹⁰⁴⁴. Cette dernière organisation est celle où la BCE est la plus investie car leurs missions sont proches, illustration de la spécialisation de l'action internationale de la BCE.

Cette action est mue par la spécialisation mais aussi par l'expertise de la BCE dans ce domaine, qui conduit certaines banques centrales à se tourner vers elle pour des conseils¹⁰⁴⁵. Ainsi, dans les pays candidats à l'adhésion et notamment avant 2004, elle a lancé des actions afin d'aider ces pays¹⁰⁴⁶. Ce type d'action s'étend au-delà de l'Union et des pays candidats. La BCE étant spécialiste de l'intégration monétaire régionale, elle n'hésite pas à venir en soutien de tels projets¹⁰⁴⁷. Elle ne se limite pas à cette spécialité et porte assistance à d'autres Etats.

Ainsi en novembre 2003, a débuté un projet d'aide technique de la BCE à la Russie intitulé « *Central Banking Training III* » et financé par l'UE¹⁰⁴⁸. Prévu pour durer deux ans, il a été poursuivi par l'organisation de séminaires bilatéraux annuels puis a été repris sous la forme d'un nouveau programme en 2008 financé par la Commission européenne d'une durée de

¹⁰⁴¹ BCE, *Rapport annuel 2010*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2011, p. 193.

¹⁰⁴² C'est en tout cas comme ça que la BCE le présente : « *Dans certaines de ces institutions et instances, la BCE a reçu soit le statut de membre (par exemple au G 20), soit celui d'observateur (par exemple au FMI).* », BCE, *Rapport annuel 2005*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2006, p. 157. Voir aussi, SMITS R., « *International representation of Europe in the area of economic and monetary union : legal issues and practices in the first ten years of the Euro* », précité, p. 317.

¹⁰⁴³ BCE, *Rapport annuel 2000*, précité, p. 115.

¹⁰⁴⁴ « *le président de la BCE est membre du Conseil d'administration et préside plusieurs réunions importantes, et les membres du Directoire de même que du personnel de la BCE participent à de nombreux groupes de travail* », BCE, *Rapport annuel 2010*, précité, p. 192.

¹⁰⁴⁵ Pour J.-C. Trichet : « *nous attachons un très grand prix à nos dialogues avec les Banques centrales des autres continents* », TRICHET J.-C., « *Identité européenne* », 10 septembre 2004.

¹⁰⁴⁶ « *En 2000, la BCE a accéléré sa coopération avec les banques centrales des pays candidats à l'adhésion. Cette coopération a pris la forme de séminaires multilatéraux, de visites bilatérales au niveau des experts, de consultations à un niveau élevé, de stages, de services d'assistance technique et de relations professionnelles régulières au niveau des experts. Environ soixante actions ont été organisées en 2000, auxquelles ont participé les banques centrales de l'ensemble des pays candidats à l'adhésion* », BCE, *Rapport annuel 2000*, précité, p. 120.

¹⁰⁴⁷ « *L'UE étant elle-même le résultat d'un long processus d'intégration économique régionale, la BCE est devenue le partenaire naturel des autorités monétaires de plusieurs groupements régionaux dans le monde, qui font appel à elle pour qu'elle partage son expérience avec les responsables politiques et, occasionnellement, les milieux universitaires.* », BCE, *Rapport annuel 2004*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2005, p. 152.

¹⁰⁴⁸ Voir BCE, *Rapport annuel 2005*, précité, p. 160.

deux ans¹⁰⁴⁹. Il concerne l'Eurosystème dans son ensemble. La BCE et certaines BCN s'engagent à « *partager les connaissances et les expériences de l'UE avec la Banque de Russie* »¹⁰⁵⁰. Ce programme associe aussi l'autorité finlandaise de contrôle financier. De même, en 2005 a commencé un projet d'aide technique à la Banque centrale d'Égypte, financé par l'Union dans le cadre du programme MEDA et prévu pour durer deux ans¹⁰⁵¹. Achevé en 2007, un nouveau programme financé par la Commission européenne a vu le jour en 2009 pour trois ans. Une coopération active est, ou a été, engagée avec la Bosnie Herzégovine¹⁰⁵², le États Arabes du golfe¹⁰⁵³, la Serbie¹⁰⁵⁴, etc. La BCE participe, organise ou co-organise des séminaires avec des États d'Amérique Latine ou d'Asie¹⁰⁵⁵.

Enfin, la BCE est engagée depuis le début de la crise financière dans une coopération opérationnelle avec d'autres Banques centrales avec lesquelles elle mène, notamment, des opérations conjointes ou organise des *swap* de change¹⁰⁵⁶. Dès décembre 2007, la BCE et la Fed annoncent mener de fronts des opérations d'apport de liquidité en dollar¹⁰⁵⁷. Ainsi, le 15 octobre 2008, la BCE et la Banque nationale Suisse ont annoncé la fourniture de liquidités à leurs contreparties en franc suisse par le biais de *swaps* de change. En mai 2009, 36 opérations de ce type avaient eu lieu¹⁰⁵⁸. La mesure la plus emblématique de cette collaboration est l'annonce conjointe par la BCE, la Banque du Canada, la Banque d'Angleterre, le Système fédéral de réserve, la Banque de Suède et la Banque nationale suisse d'une diminution de leurs taux le 8 octobre 2008.

Non seulement la BCE s'est vue reconnaître la personnalité internationale, mais elle a gagné une place de spécialiste des questions monétaires venant travailler de concert avec ou apporter son soutien à d'autres banques centrales. Spécialiste en interne des questions monétaires, elle a aussi gagné cette place en externe. L'Eurosystème, notamment par le biais de la BCE, est alors l'acteur de référence pour les questions monétaires qui, de toute façon, relèvent

¹⁰⁴⁹ Voir BCE, *Rapport annuel 2008*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2009, p. 204.

¹⁰⁵⁰ *Ibidem.*

¹⁰⁵¹ Mediterranean aid program, pour plus de détails voir Voir BCE, *Rapport annuel 2005*, p. 160.

¹⁰⁵² Voir BCE, *Rapport annuel 2006*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2007, p. 177 et BCE, *Rapport annuel 2007*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2008, pp. 186-187.

¹⁰⁵³ *Ibidem.*

¹⁰⁵⁴ BCE, *Rapport annuel 2008*, précité, p. 204

¹⁰⁵⁵ BCE, *Rapport annuel 2001*, pp. 116-117 et BCE, *Rapport annuel 2004*, précité, p. 154.

¹⁰⁵⁶ Voir, TRICHET J.-C., « Réflexions sur les turbulences financière », 23 décembre 2008.

¹⁰⁵⁷ « En réponse à l'augmentation sensible des difficultés rencontrées par les banques de la zone euro pour accéder aux financements en dollars tant sur le marché des opérations en blanc en dollars que sur le marché des *swaps* de change, la BCE (en concertation avec le Système fédéral de réserve et d'autres grandes banques centrales) a lancé en décembre 2007 des opérations d'apport de liquidité en dollars contre remise de garanties éligibles aux opérations de crédit de l'Eurosystème, de façon coordonnée avec le dispositif temporaire d'adjudication (Term Auction Facility – TAF) mis en place par le Système fédéral de réserve. Les dollars étaient fournis à la BCE par le Système fédéral de réserve par le biais d'un accord de *swap* temporaire, l'Eurosystème les transférant à ses contreparties dans le cadre d'opérations de pension. », BCE, « La mise en œuvre de la politique monétaire depuis août 2007 », *Bulletin Mensuel*, Juillet 2009, p. 77-91, ici p. 82.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem.*, p. 85.

quasiment intégralement de sa compétence. Cette position privilégiée incite aujourd'hui décideurs comme chercheurs à vouloir élargir le champ de compétence de la BCE.

§.3 - Vers de nouvelles compétences pour la BCE et l'Eurosystème en matière de stabilité financière ?

Bien que la stabilité financière ne soit – pour le moment ? – ni un objectif, ni un pouvoir de l'Eurosystème, son action est considérable dans ce domaine. En endossant le rôle de prêteur en dernier ressort des banques – par le biais des mesures non-conventionnelles – lors de la crise financière, le système de banques centrales a assuré la pérennité du système financier de la zone euro¹⁰⁵⁹. Mais son absence de compétence dans ce domaine l'empêche d'aller plus loin et d'exercer une véritable action préventive.

La notion même de stabilité financière est délicate à cerner. Elle est souvent définie par son contraire, l'instabilité financière¹⁰⁶⁰. Ainsi, pour la BCE, la stabilité financière correspond à une situation où « *le système financier (...) est capable de résister à des chocs et de se défaire des déséquilibres financiers* »¹⁰⁶¹. Plus positivement, la BCE appréhende la stabilité financière comme la capacité du système financier à jouer normalement son rôle, notamment dans d'intermédiation¹⁰⁶². Le problème est que, bien souvent, la stabilité n'est évaluée qu'*a posteriori* après le déclenchement d'une crise. Positivement, elle doit être le fruit d'une « *approche globalisante* » de différentes fonctions que sont le « *bon fonctionnement des systèmes de paiement* », le « *contrôle prudentiel* » et le « *stabilité du système financier* »¹⁰⁶³. Le contrôle prudentiel permet le contrôle en amont du secteur financier afin d'éviter les crises. Il se décompose en deux branches : la surveillance microprudentielle dont le « *principal objectif est de surveiller la situation d'un établissement financier donné et de limiter ses difficultés* ». Mais, comme le rappelle C. Noyer : « *la somme de comportements individuellement rationnels et prudents ne se traduit pas nécessairement à un résultat optimal au niveau global* »¹⁰⁶⁴. Il est nécessaire alors de conduire une surveillance macroprudentielle dont l'objectif est de « *limiter les difficultés du système financier dans son ensemble afin de*

¹⁰⁵⁹ Sur ces mesures et le rôle de prêteur en dernier ressort, voir Section 2 du Chapitre suivant.

¹⁰⁶⁰ Voir BORDES C., « Pour un aménagement du *central banking* : à la recherche de l'affectation optimale des instruments des politiques monétaires et macro-prudentielles » in Conseil d'analyse économique, *Banques centrales et stabilité financière*, La documentation française, Paris, 2011, pp. 21-116 et plus précisément pp. 31-32.

¹⁰⁶¹ « *financial system – which comprises financial intermediaries, markets and market infrastructures – is capable of withstanding shocks and the unravelling of financial imbalances.* », ECB, *Financial Stability Review – June 2012*, p. 5.

¹⁰⁶² « *Financial stability also has a positive dimension. It is a condition where the financial system is capable of performing well at all of its normal tasks and where it is expected to do so for the foreseeable future. From this viewpoint, financial system stability requires that the principal components of the system – i.e. financial institutions, markets and infrastructures – are jointly capable of absorbing adverse disturbances. It requires that the financial system is facilitating a smooth and efficient reallocation of financial resources from savers to investors, that financial risk is being assessed and priced accurately and that risks are being efficiently managed.* », ECB, *Financial Stability Review – December 2004*, p. 7.

¹⁰⁶³ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 90.

¹⁰⁶⁴ NOYER C., « Les défis de la nouvelle architecture de la supervision européenne », *Euredia*, 2010, n° 2, pp.151-155, ici p. 151.

protéger l'économie générale de perte importantes en termes de produits réels »¹⁰⁶⁵ ou comme la définit le règlement instaurant le Comité européen du risque systémique (CERS) « *un risque de perturbation dans le système financier susceptible d'avoir de graves répercussions sur le marché intérieur et l'économie réelle* »¹⁰⁶⁶.

La stabilité financière est alors ontologiquement complexe car elle exige, au minimum, la coordination de nombreux domaines bien souvent dispersés entre différentes autorités alors que le système financier se caractérise par une intrication de toutes ces problématiques (A). Face à cela, il est proposé d'en rassembler le plus possible dans le chef des Banques centrales (B).

A. *La séparation artificielle par le traité des matières monétaires, financières et prudentielles*

Le traité de Maastricht faisait un choix clair mais irréaliste, celui de séparer les questions financières et monétaires et notamment d'exclure la BCE de la supervision prudentielle. Ce choix fut dicté par des raisons politiques et notamment la volonté de limiter les transferts de souveraineté uniquement à ce qui semblait nécessaire à l'établissement de l'Union monétaire. Or, il pêchait par insuffisance de pragmatisme et refusait de voir que la frontière entre les questions monétaires et financières s'amenuise (1). Il aboutissait à une architecture où les compétences prudentielles étaient réparties de manière anarchique au sein de l'Eurosystème (2).

1) L'interpénétration de la finance et de la monnaie

De manière traditionnelle pour D. Carreau, la distinction entre monnaie et finance se fonde sur l'idée que « *la première relèverait du court terme et des paiements courants et la seconde relèverait du long terme et des paiements en capital* »¹⁰⁶⁷. Ainsi la monnaie concernerait les transactions sur les biens et services tandis que la finance les investissements¹⁰⁶⁸. Or, il faut rejoindre l'auteur lorsqu'il estime que « *Dans le monde d'aujourd'hui cette dichotomie entre "monnaie" et "finance" n'a plus lieu d'être* »¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁵ The High Level Group of Financial Supervision in the EU, *Report* (dit Rapport Larosière), 25 february 2009, p. 43.

La notion de surveillance macroprudentielle a été définie suite à des travaux internationaux. Voir International Monetary Fund, Bank for International Settlements & the Secretariat of the Financial Stability Board, *Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations (Report to the G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors)*, October 2009. Sur ces notions voir aussi CLEMENT P., « The term "macroprudential": origins and evolution », *BIS Quarterly Review*, Mars 2010, pp. 59-67 ; BORIO C., « L'approche macroprudentielle appliquée à la régulation et à la surveillance financière », *Banque de France – Revue de la stabilité financière*, Septembre 2009 n°13, pp. 35-46.

¹⁰⁶⁶ Art. 2 c) du Règlement (UE) 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 1–11.

Voir LOUIS J.-V., « Le Comité Européen du Risque Systémique », *CDE*, 2010, n°5-6, pp. 645-681, plus particulièrement sur la définition du risque systémique pp. 649-652.

¹⁰⁶⁷ CARREAU D., « Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés) », précité, ici p. 320.

¹⁰⁶⁸ « *Autrement dit, le monde de la monnaie serait celui des règlements affectant les transactions sur biens et services tandis que le monde de la finance serait celui des financements des investissements* », *ibidem*.

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*.

Le réalisme et la modernité qui s'est imposée dans la définition qui a été donnée ici de l'objet monétaire montre que les questions monétaires et financières ne peuvent aujourd'hui être déconnectées¹⁰⁷⁰. Appréhender la monnaie scripturale en termes d'agrégats monétaires impose d'y intégrer des objets financiers. La cible choisie par la BCE, l'agrégat M3, s'étend ainsi aux « *titres de créance d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans émis par les IFM* » et des « *instruments négociables (...) monétaires* »¹⁰⁷¹. Des tels titres relèvent autant de la finance, représentant des investissements, que de la monnaie car ils peuvent facilement être convertis en liquidité¹⁰⁷².

En réalité, une telle appréhension de la monnaie est dictée par les évolutions des marchés bancaires et financiers et leur interpénétration. Ainsi, comme le souligne J.-V. Louis, le métier bancaire s'est déspecialisé, et aujourd'hui des « *entreprises uniques* » exercent de manière cumulative des activités bancaires, financières et d'assurance¹⁰⁷³. Ensuite, la place des banques mais surtout leurs modalités de financement, ainsi que celles des entreprises, ont évoluées. On assiste à un phénomène de « *mobilierisation* » où l'émission de titre devient la source principale de financement¹⁰⁷⁴. Loin d'être limité au financement des entreprises, ce phénomène s'étend aux banques. Ces dernières « *créent également de la monnaie en contrepartie de leur achat de titres sur les marchés* »¹⁰⁷⁵. Ainsi, même s'il diminue, le poids des banques comme source de financement reste important. Ce sont les techniques qui évoluent et brouillent la frontières entre banque et intermédiation financière. La mobilierisation a atteint aussi le bilan et le capital des banques. Celui-ci est de plus en plus composé de titres acquis sur les marchés financiers, notamment de titres d'Etats. Une telle évolution ne peut qu'être accélérée par l'union monétaire qui favorise l'apparition « *d'entités multinationales, banques universelles et conglomérats financiers* »¹⁰⁷⁶. Leur supervision devient alors un enjeu pour la zone euro dans sa globalité. Enfin, les normes prudentielles ont un impact sur la mise en œuvre de la politique monétaire¹⁰⁷⁷. Or, le traité n'a ni pris en compte cette évolution logique, ni la disparition progressive de la frontière entre finance et monnaie.

¹⁰⁷⁰ Voir introduction de ce titre.

¹⁰⁷¹ Voir la définition de M3 donnée par la BCE dans le Glossaire contenu dans tous les Bulletins mensuels.

¹⁰⁷² Pour la BCE, « *Ces composantes reflètent (...) la fonction de réserve de valeur de la monnaie, mais elles sont également révélatrices de son rôle de moyen de paiement, dans la mesure où elles peuvent être transformées en liquidités de manière aisée et sans coûts significatifs.* », BCE, « Le cadre et les instruments de politique monétaire », *Bulletin mensuel*, Mai 2001, pp. 41-58, ici p. 52.

¹⁰⁷³ LOUIS J.-V., « Mondialisation, marchés financiers et institutions monétaires – Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation », *RIDE*, 2002, n° 2-3, pp. 529-557, ici p. 530. Voir aussi MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, pp. 89-90.

¹⁰⁷⁴ Sur ce thème voir PILHON D., *La monnaie et ses mécanismes*, 5^{ème} Ed., La Découverte, Paris, 2008, 119p., voir pp. 58-59 et CARREAU D., « Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés) », précité, p. 320.

¹⁰⁷⁵ *Idem*, p. 64. Voir aussi BETHEZE J.-P., COUPPEY-SOUBEYRAN J. & PLIHON D., « Pour un changement de *central banking* : la nécessaire coordination de la politique monétaire et de la politique macro-prudentielle au sein de la Banque centrale », précité, pp. 141-145.

¹⁰⁷⁶ AGLIETTA M., « Le contrôle prudentiel dans la Communauté européenne » in LOUIS J.-V. & BRONKHORST H., *L'euro et l'intégration européenne*, PIE-Peter Lang, Bruxelles, 1999, pp. 217-227 ici p. 220.

¹⁰⁷⁷ Voir, BINI SMAGHI L., « Basel III and monetary policy », 29 septembre 2010.

2) L'implication *a minima* de l'Eurosystème en matière prudentielle

Alors même que l'union monétaire s'est faite, aussi, sous la pression des marchés, le traité de Maastricht refuse de prendre en compte leurs évolutions et de reconnaître le lien entre monnaie et finance. Pourtant, les travaux préparatoires à l'UEM prévoyaient tous une dévolution des fonctions prudentielles à la nouvelle entité¹⁰⁷⁸. Les dispositions du traité et les Statuts sont beaucoup plus timorés. L'article 127 paragraphe 5 du TFUE précise que : « *Le SEBC contribue à la bonne conduite des politiques menées par les autorités compétentes en ce qui concerne le contrôle prudentiel des établissements de crédit et la stabilité du système financier* ». Le paragraphe suivant autorise le Conseil, votant à l'unanimité, à « *confier à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de contrôle prudentiel des établissements de crédit et autres établissements financiers, à l'exception des entreprises d'assurances* »¹⁰⁷⁹.

L'article 25 des Statuts complète ces dispositions et insiste sur le rôle consultatif de la BCE en la matière. La faible ambition de ces provisions s'explique par la réticence de certains États membres et la complexité de ces questions¹⁰⁸⁰. Ces dispositions excluent clairement la BCE comme autorité de contrôle prudentiel¹⁰⁸¹. Cependant, à la suite de R. Smits, il faut interpréter ces dispositions comme plus larges qu'un simple devoir de consultation de la BCE¹⁰⁸². La pratique lui a donné raison. La BCE a rapidement souhaité s'investir dans le contrôle prudentiel¹⁰⁸³.

L'implication des BCN est, par nature, variable. En effet, selon les États membres la surveillance micro-prudentielle des établissements de crédit peut, ou non, être confiée à la Banque centrale¹⁰⁸⁴. Il n'y a ni consensus, ni logique dans une telle répartition. Ainsi, sous

¹⁰⁷⁸ C'était le cas du groupe de travail présidé par J.-V. Louis (voir *Vers un système européen de Banques centrales – Projet de dispositions organiques*, précité pp. 42-43 et pp. 73-76) qui prévoyait de charger la banque de la « *coordination et de la supervision des établissements de crédit* ». Le rapport Delors était déjà moins ambitieux et envisageait que le système « *participerait à la coordination des politiques de surveillance bancaire des autorités de surveillance* » (*Rapport sur l'Union économique et monétaire dans la Communauté européenne*, précité, §32). Les proposition du Comité des gouverneurs était de faire figurer les missions de contrôle prudentiel parmi les missions fondamentales en ces termes : « *participer, en tant que de besoin, à la définition, à la coordination et à l'exécution des politiques relatives au contrôle prudentiel et à la stabilité du système financier* » (cité par LOUIS J.-V., « *Union économique et monétaire* », précité, p. 91). Sur ces provisions, voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, pp. 336-338 et « *The role of the ESCB in banking supervision* » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 199-212, plus précisément pp. 200-202.

¹⁰⁷⁹ Art. 127 §6 TFUE.

¹⁰⁸⁰ Comme le dit J.-V. Louis : « *Le consensus se fit sur des dispositions peu ambitieuses en raison de la difficulté de mettre au point des règles plus précises* », LOUIS J.-V., « *Union économique et monétaire* », précité, p. 92.

¹⁰⁸¹ Voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 338.

¹⁰⁸² *Ibidem* pp. 339-343 et « *The role of the ESCB in banking supervision* », précité, pp. 204-206.

¹⁰⁸³ Voir DUISENBERG W.-F., « *The role of the Eurosystem in prudential supervision* », 24 avril 2002.

¹⁰⁸⁴ Aujourd'hui, la surveillance est exercée par les Banques centrale : en Belgique, à Chypre, en Espagne, en Grèce, en Irlande, en Italie, aux Pays-Bas, en République tchèque en Slovaquie et en Slovénie. Elle est confiée à une autre autorité indépendante (fréquemment rattachée au ministère de l'économie) : en Allemagne, Autriche, au Danemark, en Estonie et à Malte Dans certains pays, bien qu'indépendante, l'autorité de régulation est rattachée à la Banque centrale comme : en Finlande et en France.

Sur la complexité de l'organisation de la surveillance prudentielle au niveau national voir, DAOUD-RUMEAU MAILLOT H., *Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier – Vers la mise en œuvre d'un cadre institutionnel européen*, Thèse Lyon 3, Version électronique dactylographiée, 387p., plus précisément p. 156-162 et sur le rôle des banques centrales, pp. 170-173.

l'effet de la crise, il y a eu une tendance à la réforme de la surveillance prudentielle conduisant au regroupement de différentes autorités auparavant spécialisées dans le domaine financiers, bancaire et des assurances. Ce fut le cas en France avec la création de l'Autorité de contrôle prudentiel¹⁰⁸⁵. A Malte, la fusion des autorités a retiré à la Banque centrale la mission de surveillance prudentielle des Banques pour la confier à une autorité unique indépendante de la Banque centrale¹⁰⁸⁶. Cette dispersion de la fonction de contrôle micro-prudentiel affaiblit l'Eurosystème dans son ensemble et rend, en la matière, les BCN inégales.

La BCE et les BCN ont été intégrées marginalement dans la surveillance prudentielle par le droit dérivé. Ce dernier n'impose pas l'attribution de cette fonction aux BCN. Il prévoit seulement la transmission d'information entre les autorités de contrôle et les Banques centrales. L'article 49 de la directive relative aux établissements de crédit¹⁰⁸⁷ prévoyait dès sa première version cette possibilité. La version actuelle¹⁰⁸⁸, révisée sous l'effet de la crise, est beaucoup plus détaillée. L'article 49 précise que l'échange se fait lorsque « *ces informations sont pertinentes pour l'exercice de leurs missions légales respectives, notamment la conduite de la politique monétaire et la fourniture de liquidités y afférente, la surveillance des systèmes de paiement, de compensation et de règlement, ainsi que la sauvegarde de la stabilité du système financier* ». Il prévoit même une procédure d'urgence en cas de menace sur la « *liquidité du marché et la stabilité du système financier* »¹⁰⁸⁹. Lorsqu'elle a été consultée sur cette modification, la BCE a encouragé ces échanges d'information. Selon elle, « *la surveillance des divers établissements devrait tirer parti des analyses concernant la stabilité financière effectuées par les banques centrales, qui devraient également de leur côté s'appuyer sur l'apport des autorités de surveillance* »¹⁰⁹⁰. La BCE a mis en pratique dès ses premières années de fonctionnement cette volonté d'échange en créant le Comité de supervision bancaire en 1999. « *Composé de hauts responsables d'autorités de surveillance bancaire et de banques centrales des pays de l'UE* » il était chargé d'« *d'assister l'Eurosystème dans l'accomplissement de ses tâches statutaires dans les domaines de la surveillance prudentielle des établissements de crédit et de la stabilité du système financier* »¹⁰⁹¹. Il a depuis été remplacé par le comité de stabilité financière qui « *aide les*

¹⁰⁸⁵ Voir ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, JORF n°0018 du 22 janvier 2010, p. 1392.

¹⁰⁸⁶ Voir la loi du 23 juillet 2002 (source : <http://www.mfsa.com.mt/pages/viewcontent.aspx?id=136>).

¹⁰⁸⁷ Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte), précité. L'article 4 §23 précise que les banques centrales concernées sont aussi bien les BCN que la BCE.

¹⁰⁸⁸ La directive a été modifiée à neuf reprises, voir la version consolidée sur le site de l'Union européenne, eur-lex.europa.eu.

¹⁰⁸⁹ *Idem*, art. 49 al. 4 et 130 §1.

¹⁰⁹⁰ Avis de la BCE du 5 mars 2009 sollicité par le Conseil de l'Union européenne sur une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments des fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion des crises, (CON/2009/17) (2009/C 93/03), JO n° C 93 du 22.04.2009, pp. 3-15, § 15.

¹⁰⁹¹ BCE, « L'UEM et la surveillance bancaire », *Bulletin Mensuel Avril 2000*, p. 50-66, *icp* p. 65. Sur ce comité voir LOUIS J.-V., « Mondialisation, marchés financiers et institutions monétaires – Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation », précité, p. 546-547 et DAOUD-RUMEAU MAILLOT H., *Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier*, précité, p. 187.

organes de décision à accomplir leurs missions dans le domaine de la surveillance prudentielle des établissements de crédit et de la stabilité du système financier »¹⁰⁹².

La crise financière de 2008 a conduit à une première refonte du système de contrôle prudentiel dans l'Union. Elle est passée par la mise en place de trois autorités de surveillance dans le domaine bancaire, financier et des assurances¹⁰⁹³. Le rôle joué par l'Eurosystème dans ces autorités est limité puisque seule la BCE est représentée mais ne peut prendre part au vote¹⁰⁹⁴. Les seuls BCN présentes sont celles ayant des responsabilités prudentielles. En revanche, la BCE joue un rôle central dans le Comité européen du risque systémique dont elle assure notamment le secrétariat¹⁰⁹⁵. Ainsi, la BCE est plus conçue comme une autorité dont l'apport est nécessaire dans le domaine macro-prudentiel que microprudentiel¹⁰⁹⁶. Cependant, il est délicat de réellement séparer ces questions. Comme le dit F. Martucci, « *la distinction entre contrôle prudentiel et stabilité financière devient inopérante* » et il fait se concentrer sur « *la surveillance de l'économie financière* »¹⁰⁹⁷. L'auteur rappelle que, dans ses avis, la BCE fait rarement la distinction entre ces deux questions¹⁰⁹⁸. Le peu de place supplémentaire que les réformes récentes ont fait aux banques centrales montre que le lien entre les problèmes financiers et monétaire n'était pas encore totalement réalisé. Le rebondissement de la crise, au sein même de la zone euro, conduit à une prise de conscience et à de nouvelles réformes¹⁰⁹⁹.

B. La crise et la dévolution de compétences nouvelles à l'Eurosystème

¹⁰⁹² BCE, Les comités de l'Eurosystème/du SEBC, www.ecb.eu.

¹⁰⁹³ Sur cette réforme voir MARTUCCI F., LASSERRE CAPDEVILLE J. & KOVAR J.-P., « Le système européen de surveillance financière », *Europe*, Juin 2011, pp. 4-9.

¹⁰⁹⁴ Pour le secteur bancaire voir le Règlement (UE) 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 12–47 ; pour le secteur des assurances le règlement (UE) 1094/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 48–83 ; pour le secteur financier le Règlement (UE) 1095/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 84–119. La composition de l'organe directeur est prévu à l'article 40 de ces règlements.

¹⁰⁹⁵ Règlement (UE) 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 1–11.

¹⁰⁹⁶ Elle le confirme d'ailleurs elle-même : « *The ECB also welcomes the fact that the proposed institutional framework is oriented towards recognising the essential role of the central bank in promoting the safety and soundness of financial institutions and the stability of the financial system as a whole* », Avis de la BCE du 31 mai 2012 sollicité par la République Tchèque sur la loi relative à la Česká národní banka (CON/2012/44).

¹⁰⁹⁷ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 103.

¹⁰⁹⁸ Ainsi, par exemple, lorsqu'elle est consultée sur un projet italien de réorganisation de la surveillance prudentielle, notamment en faveur de la banque centrale, elle estime que : « *the proposed institutional framework is oriented towards recognising the essential role of the central bank in promoting the safety and soundness of financial institutions and the stability of the financial system as a whole* », Avis de la BCE du 11 mai 2004 sollicité par l'Italie relatif à la protection de l'épargne, (CON/2004/16).

¹⁰⁹⁹ D'ailleurs en 1995, J.-V. Louis estimait que les dispositions du traité de Maastricht auraient été plus ambitieuses dans le domaine prudentiel si le scandale de la BCCI avait éclaté pendant les négociations, LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, p. 92.

Le choix opéré par le traité a été très tôt dénoncé par la doctrine économique qui se demandait notamment comment le système pouvait réagir en cas de crise. Or, la crise a eu lieu. Elle a démontré les faiblesses des arrangements décidés à Maastricht. Aujourd'hui, elle impose une remise en question du rôle de l'Eurosystème¹¹⁰⁰. La doctrine économique s'interroge aujourd'hui sur le rôle que les Banques centrales doivent jouer en matière de stabilité financière (1). Afin de favoriser la sortie de crise, il a été décidé de renforcer l'union monétaire avec une union bancaire ce qui pourrait bien imposer une délégation du contrôle prudentiel à la BCE (2).

1) La stabilité financière, nouvel objectif des Banques centrales ?

La stabilité financière n'est ni un objectif, ni une des missions de la BCE ou de l'Eurosystème. Elle est uniquement mentionnée dans les articles 127 paragraphe 5 du TFUE et 3 paragraphe 3 des Statuts comme un objectif auquel la BCE contribue seulement. Elle est délicate à définir. Or, du fait de l'intrication fonctionnelle entre monnaie et finance, la BCE a été conduite à prendre une place spécifique dans la garantie de la stabilité financière. La crise financière et la crise de dettes souveraines conduisent les économistes à souhaiter une plus grande implication des banques centrales dans cette garantie.

Malgré sa compétence limitée dans ce domaine, la BCE s'est imposée comme centrale dans la garantie de la stabilité financière. D'un point de vue préventif, elle publie deux fois par ans depuis 2004 une Revue de la stabilité financière qui fait le bilan des risques pesant sur le système financier et tente, par le simple poids des mots, de les corriger¹¹⁰¹. Ensuite, en opérant son propre système de paiement et en exerçant son *oversight* sur les autres, l'Eurosystème garantit la sûreté des infrastructures du système financier. Mais il ne s'agit là que de l'un des multiples éléments qui composent la stabilité financière.

Une étude réalisée récemment pour le Conseil d'analyse économique aborde la question du rôle des Banques centrales en matière de stabilité financière. Elle servira de base au raisonnement suivi ici. Les auteurs défendent deux approches. La première conclut à la nécessité d'une plus grande proximité entre les responsables de la supervision financière et les banques centrales, tout en maintenant une séparation entre eux¹¹⁰². La seconde défend explicitement l'intégration de la stabilité financière parmi les objectifs des banques centrales¹¹⁰³. Dans tous les cas, les auteurs partagent le constat que la stabilité financière n'a pas été suffisamment prise en compte par les banques centrales voire que leur action a pu

¹¹⁰⁰ Dès 2008, A. Lamfalussy appelait à une meilleure coordination entre Banques centrales et superviseurs microprudentiels (voir SOUSI B., « L'Europe face à la crise des "subprimes" – Entretien avec Alexandre Lamfalussy », *Euredia*, 2007/2008, n°3, pp. 265-268).

¹¹⁰¹ « *The purpose of publishing this review is to promote awareness in the financial industry and among the public at large of issues that are relevant for safeguarding the stability of the euro area financial system. By providing an overview of sources of risk and vulnerability to financial stability, the review also seeks to help preventing financial tensions* », *ibidem*.

¹¹⁰² BORDES C., « Pour un aménagement du *central banking* : à la recherche de l'affectation optimale des instruments des politiques monétaires et macro-prudentielles », précité.

¹¹⁰³ BETHEZE J.-P., COUPPEY-SOUBEYRAN J. & PLIHON D., « Pour un changement de *central banking* : la nécessaire coordination de la politique monétaire et de la politique macro-prudentielle au sein de la Banque centrale », précité.

contribuer à l'instabilité. En garantissant, pendant toute la grande modération, le faible coût du crédit, les banques centrales ont encouragé la prise de risque et la formation de bulles, immobilières notamment¹¹⁰⁴. Cependant, J-C Trichet estimait que la stratégie suivie par la BCE permettait une évaluation du risque d'instabilité financière et que la stabilité des prix fournie par l'Eurosystème réduit ce risque¹¹⁰⁵.

Il existe certes un lien logique entre stabilité financière et stabilité monétaire¹¹⁰⁶. Mais la crise a montré que « *La relation simple et univoque qui consistait à faire de la stabilité monétaire une condition nécessaire et suffisante de la stabilité financière ne tient donc plus* »¹¹⁰⁷. En effet, les deux objectifs ne peuvent être atteints avec les mêmes instruments. Il faut aujourd'hui mettre en place des instruments spécifiques à la garantie de la stabilité financière¹¹⁰⁸. Pour C. Bordes, les différences entre les objectifs, les actions qu'ils requièrent et la structure actuelle des banques centrales empêche de leur confier la responsabilité de la stabilité financière et propose de confier à une autorité distincte la surveillance macroprudentielle¹¹⁰⁹.

Au contraire, J.-P. Bethéze, J. Coupey-Soubeyran et D. Plihon estiment nécessaire et plus efficace de confier aux banques centrales la charge de la stabilité financière et d'en faire un objectif distinct de la stabilité des prix¹¹¹⁰. Sans se prononcer ici sur les arguments économiques, et pour tout de même prendre position, il semble que la conclusion de C. Bordes, qui repose majoritairement sur l'incompatibilité entre la garantie de la stabilité financière et les banques centrales repose sur leur modèle de gouvernance fondé sur l'indépendance, la transparence et la responsabilité¹¹¹¹. Or, la coordination entre banque centrale et autorité chargée du contrôle macro-prudentiel posera inévitablement des difficultés. Le modèle de gouvernance des banques centrales peut être adapté. A l'évidence, le manque d'intégration de la surveillance a conduit à son défaut. Plutôt que de créer de nouveaux mécanismes, de nouvelles lourdeurs dans l'échange d'informations, etc., il vaudrait mieux enfin décider de confier aux banques centrales la charge de la stabilité financière. Le projet actuel d'union bancaire semble y participer.

2) L'union bancaire et l'implication de la BCE en matière prudentielle

¹¹⁰⁴ *Idem*, pp. 121-132 et BORDES C., « Pour un aménagement du *central banking* : à la recherche de l'affectation optimale des instruments des politiques monétaires et macro-prudentielles », précité, pp. 88-96.

¹¹⁰⁵ Voir, TRICHET J.-C., « Asset price bubbles and monetary policy », 8 juin 2005.

¹¹⁰⁶ Voir, BORDES C., « Pour un aménagement du *central banking* : à la recherche de l'affectation optimale des instruments des politiques monétaires et macro-prudentielles », précité, pp. 98-99.

¹¹⁰⁷ BETHÉZE J.-P., COUPEY-SOUBEYRAN J. & PLIHON D., « Pour un changement de *central banking* : la nécessaire coordination de la politique monétaire et de la politique macro-prudentielle au sein de la Banque centrale », précité, p. 118.

¹¹⁰⁸ Sur ces instruments voir, *ibidem* pp. 159-165 et Voir BORDES C., « Pour un aménagement du *central banking* : à la recherche de l'affectation optimale des instruments des politiques monétaires et macro-prudentielles », précité, pp. 41-43.

¹¹⁰⁹ *Idem*, pp. 43-44.

¹¹¹⁰ BETHÉZE J.-P., COUPEY-SOUBEYRAN J. & PLIHON D., « Pour un changement de *central banking* : la nécessaire coordination de la politique monétaire et de la politique macro-prudentielle au sein de la Banque centrale », précité, p. 154.

¹¹¹¹ BORDES C., « Pour un aménagement du *central banking* : à la recherche de l'affectation optimale des instruments des politiques monétaires et macro-prudentielles », précité, p. 45.

L'union bancaire fait partie des réponses de la zone euro face à la crise des dettes souveraines. Au-delà d'être une crise de l'endettement étatique, la crise reste une crise bancaire où beaucoup d'établissements restent fragiles, comme le printemps 2012 l'a montré en Espagne. En réponse à ce versant de la crise, le sommet de la zone euro du 29 juin 2012 a décidé la mise en place d'un « *mécanisme de surveillance unique* »¹¹¹² et de la possibilité d'une recapitalisation des banques directement par le MES. Il s'agit d'une étape fondamentale de l'approfondissement de l'union monétaire. Celle-ci a naturellement engendré une interdépendance accrue des banques européennes et déplacé le risque du niveau national au niveau européen¹¹¹³. La décision du sommet de la zone euro est une prise de conscience de cette réalité. La crise permettra alors la mise en place d'un mécanisme de prévention et de résolution des crises, que certains appelaient de leurs vœux depuis longtemps¹¹¹⁴. L'architecture de l'union bancaire n'est, pour l'heure, pas connue. Elle sera certainement constituée de trois piliers : un mécanisme commun de résolution des crises, une garantie européenne des dépôts et une intégration plus poussée de la supervision bancaire¹¹¹⁵. Le troisième pilier étant le seul qui peut concerner directement l'Eurosystème, seul celui-ci sera étudié. Pour beaucoup, la supervision unique doit être le fait de la BCE¹¹¹⁶, ce que le sommet de la zone euro envisage lorsqu'il évoque : « *un mécanisme de surveillance unique, auquel sera associée la BCE* »¹¹¹⁷. C'est aussi l'hypothèse sur laquelle travaille la Commission, dont le commissaire au marché unique déclarait qu' « *il y aura un superviseur intégré unique au niveau de la zone euro, une tâche que nous voulons confier à la BCE* »¹¹¹⁸. Au-delà de la détermination du superviseur, deux questions fondamentales se posent : la nature de la supervision et des supervisés. Il faut choisir entre les entités visées, à savoir, limiter seulement

¹¹¹² Déclaration du sommet de la zone euro, 29 juin 2012 al. 1.

Cette déclaration se base sur le rapport rendu au Conseil européen par son Président, H. van Rompuy, *Vers une véritable union économique et monétaire*, Bruxelles, 26 juin 2012. Ce rapport a été élaboré, en coopération avec la Commission, la BCE et l'Eurogroupe, à la demande du Conseil européen de 23 mai 2012. Il s'agit du second rapport élaboré sous l'égide de M. van Rompuy (voir *Rapport final du groupe de travail au Conseil européen*, Bruxelles, 21 octobre 2010). Voir, sur la place qu'il a pris LOUIS J.-V., « Quelques réflexions préliminaires sur le rôle du président du Conseil européen » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 49-60.

¹¹¹³ Voir AGLIETTA M., « Le contrôle prudentiel dans la Communauté européenne », précité, pp. 221-222.

¹¹¹⁴ *Idem*, pp. 223-226.

¹¹¹⁵ Les trois piliers sont contenus dans le rapport de H. van Rompuy (*Vers une véritable union économique et monétaire*, p. 4-5). Sur ces piliers voir : PISANI-FERRY J., SAPIR A., VERON N. & WOLFF B., « What kind of european banking union », *Bruegel Policy Contribution*, 2012 n°12, pp. 11-15 ; FERNANDES S., « Crise de la dette et crise bancaire : vers des garanties européennes », *Notre Europe*, Bref n° 26 Juin 2012, pp. 6-7 et LANNOO K., « Banking Union in Three Steps », *CEPS Commentary*, 12 juin 2012.

¹¹¹⁶ Pour C. Wyploz : « *This could be a single Eurozone supervisor built inside the ECB, which would go a long way to plugging one the worst mistakes in the Maastricht Treaty (lack of a joint regulation and resolution regime for banks).* », WYPLOZ C., « One more Summit : The crisis rolls on », *voxeu.org*, 20 juin 2012 ; voir aussi GROS D., « An incomplet step towards a banking union », *CEPS Commentary*, 5 juillet 2012, p. 2 ; et LANNOO K., « Banking Union in Three Steps », *CEPS Commentary*, 12 juin 2012, p. 1.

¹¹¹⁷ Déclaration du sommet de la zone euro, 29 juin 2012 al. 1. Cette possibilité était déjà présente dans le rapport van Rompuy : « *Il faudrait étudier toutes les possibilités prévues à l'article 127, paragraphe 6, du TFUE concernant l'octroi à la Banque centrale européenne de pouvoirs de surveillance directe des banques dans la zone euro.* », précité, p. 4.

¹¹¹⁸ Interview avec J. Quatremer, <http://bruxelles.blogs.liberation.fr/coulisses/2012/08/michel-barnier-lunion-bancaire-sera-complète-en-2013.html>

aux entités d'importance systémique ou à tous les établissements de crédit¹¹¹⁹. Ce choix peut être aisément résolu en désignant l'Eurosystème comme « autorité bancaire » de la zone euro. Comme le faisait remarquer C. Noyer : « *En capitalisant sur la réussite de la politique monétaire unique, nous devons maintenant mettre en place un système de supervision unique, organisé selon les mêmes principes : centralisation de la prise de décision et décentralisation de la mise en œuvre. La BCE et les banques centrales nationales sont bien armées pour constituer l'épine dorsale de l'union financière* »¹¹²⁰. Une telle solution est la plus logique. Elle permet d'assurer une unité de la supervision tout en évitant une surcharge de travail de la BCE. Quant à la nature de la supervision, il semble de la majorité des propositions qu'il s'agisse surtout de la supervision microprudentielle¹¹²¹.

Ce projet appelle plusieurs commentaires. En accord avec J. Pisani-Ferry on peut regretter le choix du vocable « union bancaire » étant donné la mauvaise publicité dont jouissent les banques aujourd'hui¹¹²². Au-delà, il semble indispensable que l'union bancaire permette à l'Eurosystème d'assurer la stabilité financière. Pour cela, il faut renforcer ses pouvoirs en matière de surveillance macro-prudentielle alors que « *confier la supervision micro-prudentielle à la Banque centrale ne présente pas que des avantages* »¹¹²³. Aujourd'hui, au niveau européen, le CERS ne dispose pas de pouvoirs contraignants. Il faut transférer sa fonction à la BCE et la doter de nouveaux instruments permettant de garantir la stabilité financière. D'ailleurs, il semble que l'Union ait la mémoire courte. A la suite de la crise financière, un groupe de travail présidé par J. de Larosière a rédigé un rapport sur la supervision financière dans l'Union¹¹²⁴. Son rapport, partiellement mis en œuvre, estimait indispensable de confier la supervision macroprudentielle à la BCE et au SEBC mais ne recommandait aucun transfert à leur profit de responsabilités micro-prudentielles¹¹²⁵.

Enfin, cet accroissement des fonctions de la BCE qui s'annonce va poser des problèmes de responsabilité. L'indépendance de la BCE a été conçue pour l'exercice de fonctions monétaires et non pour des fonctions beaucoup plus larges. D'ailleurs, M. Barnier estime que

¹¹¹⁹ Voir PISANI-FERRY J., SAPIR A., VERON N. & WOLFF B., « What kind of european banking union », précité, pp. 8-11.

¹¹²⁰ NOYER C., « La prochaine étape pour la Zone euro est l'union financière », 12 juin 2012. Le rapport van Rompuy envisageait ce type d'organisation : « *La structure actuelle devrait évoluer dès que possible vers un système européen unique de surveillance bancaire, composé d'un échelon européen et d'un échelon national, la responsabilité finale incombant à l'échelon européen* », *Vers une véritable union économique et monétaire*, précité, p. 4.

¹¹²¹ « *Ce système permettrait de faire en sorte que la surveillance bancaire puisse, avec la même efficacité dans tous les États membres de l'UE, réduire la probabilité de voir se produire des défaillances bancaires et éviter que l'on ait à recourir au fonds commun de garantie des dépôts et de résolution des défaillances. À cette fin, l'échelon européen aurait une autorité en matière de surveillance ainsi que des pouvoirs d'intervention en amont à l'égard de toutes les banques* », *ibidem*.

¹¹²² « *this is probably the worst possible name from a communication viewpoint, as citizens are angry against banks for having created the crisis and against the European Union for having mismanaged it, but it actually makes considerable sense* », PISANI-FERRY J., « The case for a European banking union », www.bruegel.org.

¹¹²³ BETHEZE J.-P., COUPPEY-SOUBEYRAN J. & PLIHON D., « Pour un changement de *central banking* : la nécessaire coordination de la politique monétaire et de la politique macro-prudentielle au sein de la Banque centrale », précité, p. 177-181, ici p. 177.

¹¹²⁴ The High Level Group of Financial Supervision in the EU, *Report*, précité.

¹¹²⁵ *Idem*, p. 45 et pp. 48-52.

l'indépendance de la BCE doit être adaptée en fonction de ses nouvelles fonctions¹¹²⁶. D'autant que les nouvelles fonctions de la BCE ne doivent pas se mélanger avec sa politique monétaire, nécessitant une réorganisation interne de grande importance¹¹²⁷. Mais, celle-ci ne peut être dictée par le droit dérivé et doit être acceptée par la BCE. Au final, on voit mal comment l'union bancaire pourrait être efficace sans une modification du statut de la BCE. En l'état actuel du texte, il est impossible de modéliser son indépendance en fonction de son domaine d'intervention, ni de faire de la stabilité financière un objectif à part entière à côté de la stabilité des prix. Cependant, la valeur constitutionnelle du statut – dans ces matières – rend très délicate leur amendement. On retrouve ici les problèmes de *path-dependence* évoqués en introduction. Ces dernières pourraient empêcher la réussite de l'union bancaire car certains pays, l'Allemagne en priorité, refuseraient très certainement une révision du statut de la BCE. Or, elle doit être au centre de l'union bancaire du fait des liens étroits qu'elle entretient avec le marché monétaire.

Section 2 - Le marché monétaire : interlocuteur privilégié de l'Eurosystème

36 A qui s'adresse l'Eurosystème ? Evidemment, et en premier lieu, il s'agit de l'ensemble des citoyens et des entreprises de la zone euro. Lorsque le Conseil décide que la monnaie des États participants devient l'euro, le grand public est concerné. Mais les pouvoirs des États en matière monétaire ne sont plus ce qu'ils étaient. L'État ne dispose plus du contrôle de la monnaie. Pendant des siècles, seul l'État, en frappant des pièces, contrôlait la monnaie en circulation. L'introduction de la monnaie papier puis de la monnaie électronique a bouleversé cet équilibre. Le pouvoir de création monétaire est passé de l'État aux Banques.

&Pour des raisons de rigueur terminologique, l'utilisation du terme "banque" est impropre. Il n'est pas utilisé dans le droit de l'Union, qui évoque notamment la notion d'« établissement de crédit ». Ce sont ces derniers qui, aujourd'hui, héritent du pouvoir de création monétaire. Ce sont eux, les destinataires des l'action normative de la BCE. La vocation première du droit adoptée par l'Eurosystème n'est plus aujourd'hui de définir l'unité monétaire et son utilisation, mais de gérer la monnaie et sa création par le marché monétaire. L'Eurosystème va donc s'adresser à lui en premier lieu (§1). La monnaie n'est pas un bien comme les autres. Il est aujourd'hui devenu impossible de strictement dicter au marché monétaire son comportement. Il faut donc que les autorités monétaires collaborent étroitement avec le marché. Les autorités ne doivent pas être extérieures au marché, mais intégrées en son sein (§2).

¹¹²⁶ « Si, dans l'exercice de sa mission historique, elle reste totalement indépendante, ce ne sera pas le cas pour sa nouvelle mission, car son rôle de superviseur impose un contrôle démocratique : la BCE devra rendre des comptes, notamment au Parlement européen. », interview avec J. Quatremer, précité.

¹¹²⁷ Et la construction de ce que certains appellent une « muraille de Chine » entre les deux fonctions.

§.1 - Le marché monétaire européen : destinataire des normes de l'Eurosystème

37 Il est impossible de donner une définition juridique précise du "marché monétaire ". Il regroupe trop d'institutions de natures diverses. Il faut cependant distinguer deux types d'institutions différentes : celles qui sont soumises aux obligations de réserves obligatoires et les autres. Comme pour la compétence, l'intensité des pouvoirs du système sur les institutions sera proportionnelle à la proximité avec le marché monétaire. Celles qui y sont intégrées ont été définies très clairement par l'Eurosystème et constituent les contreparties. Elles ont des obligations particulières, en matière de réserves obligatoires comme en matière statistique. C'est à elles qu'il s'adresse en priorité (A). Mais la définition de la monnaie donnée par l'autorité monétaire, sous forme d'agrégat statistique regroupant divers instruments monétaire et financiers¹¹²⁸, est beaucoup trop vaste pour se laisser enfermer dans un concept juridique ou statistique. L'interconnexion entre les marchés financiers et monétaires est trop grande, les instruments trop divers et changeants pour limiter le champ d'action de l'Eurosystème à un type d'institution. Sur toutes les autres, la BCE dispose d'un pouvoir beaucoup plus diffus (B).

A. Les « contreparties » : acteurs privilégiés des relations avec l'Eurosystème

38 L'Eurosystème donne une définition large des « *contreparties* » comme étant un « *cocontractant à une transaction financière (par exemple toute transaction avec la banque centrale)* »¹¹²⁹. Pour les besoins de l'étude, une définition restreinte sera donnée autour de ce que l'Eurosystème nomme les « *contreparties éligibles* »¹¹³⁰, à savoir celles qui peuvent opérer des transactions avec l'Eurosystème. Par soucis de simplicité, elles seront ici appelées simplement « *contrepartie* ».

Elles constituent les acteurs les plus concernés et les plus visés par son action. En cela, elles doivent être étudiées à part et faire l'objet d'une notion spécifique : celle de contrepartie, qui sera définie ici. La législation utilise une appellation variée, mais avec une référence constante à la même disposition, il s'agit donc d'une notion uniforme (1). Les contreparties sont les interlocutrices privilégiées du système et sont assujetties à ce titre à un certain nombre d'obligations (2).

¹¹²⁸ Sur cette notion voir infra Chapitre 2 de cette partie, Section 2, §1, A, 1).

¹¹²⁹ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe 1, Appendice 2.

¹¹³⁰ *Idem*, Annexe 1, Chapitre 2.

1) La notion de contrepartie.

39 Les contreparties sont les destinataires prioritaires du droit adopté par l'Eurosystème. Mais celui-ci manque cruellement de clarté sur ce point : au lieu de donner une qualification commune et systématique, il les dénomme dans chaque instrument d'une manière différente. Chaque texte donne matériellement une définition quasiment identique de ses destinataires ; notamment avec la référence constante à la définition d'établissement de crédit posée par le Parlement et le Conseil¹¹³¹. Les acteurs visés sont, en réalité, tous les mêmes et il est possible de les regrouper sous une appellation unique : celle de contrepartie, notion qui va être construite ici.

40 En premier lieu, les Statuts évoquent les « *établissements de crédit établis dans les États membres* » à leur article 19 paragraphe 1. Cet article habilite la BCE à imposer à ces établissements la constitution de réserves obligatoires. Cette obligation a été complétée par un règlement du Conseil posant le cadre général¹¹³², lui-même complété par un règlement de la BCE¹¹³³. Ce dernier donne une définition de ces établissements à son article 2 : « *les établissements de crédits définis par l'article 1^{er} de la directive 2000/12 CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès des activités des établissements de crédit et à son exercice* ». Ce dernier texte a été abrogé par une directive¹¹³⁴ qui est venue le remplacer. Il est étonnant que, à ce jour, le règlement de la BCE n'ait pas été modifié en conséquence.

Le nouveau texte donne la même définition que l'ancien. A son article 4, il précise que sera qualifié d'établissement de crédit « *une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et octroyer des crédits pour son propre compte* »¹¹³⁵. Il faut entendre par là, ceux exerçant « *une activité d'intermédiation financière reposant sur la collecte de fonds du public* »¹¹³⁶. L'Orientation concernant les instruments et procédures de politique monétaire évoque la notion de contrepartie et précise qu'il faut : « *donner à un large éventail d'établissements l'accès aux opérations de politique monétaire de l'Eurosystème, (...) respecter l'égalité de traitement des institutions dans l'ensemble de la*

¹¹³¹ Art. 4 §1 a) de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte), précité.

¹¹³² Règlement CE n°2531/98 du Conseil, du 23 novembre 1998, concernant l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne, précité.

¹¹³³ Règlement CE 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne, du 12 septembre 2003, concernant l'application des réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

¹¹³⁴ Art. 158 de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 14 juin 2006, concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et à son exercice, précité.

¹¹³⁵ Cette définition était déjà prévue en ces termes par la première directive de 1977 (première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 322 du 17.12.1977, p. 30-37 ; sur ce texte voir SOUSI B., *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995, 587p., p. 61-68). La définition n'ayant jamais changée, on peut comprendre que la BCE ne mette pas systématiquement ses textes à jour lorsque l'Union en adopte de nouveau.

¹¹³⁶ SERVAIS D. (dir), *Intégration des marchés financiers – Commentaire J. Mégret*, 3^{ème} Ed., précité, p. 92. Pour un commentaire de la définition des établissements de crédit voir p. 92-93 et plus généralement, pour le régime juridique de ces établissements pp. 94-148.

zone euro et (...) veiller à ce que les contreparties satisfassent à certaines obligations de nature opérationnelle et prudentielle »¹¹³⁷. Elles sont alors définies comme étant les « établissements assujettis à la constitution de réserves obligatoires »¹¹³⁸. Il s'agit toujours des établissements, tels que définis par la directive 2006/48. En choisissant une telle définition, la BCE s'assure que les contreparties répondent aux exigences prudentielles, ces dernières étant posées par ladite directive et contrôlées par les différentes autorités prudentielles des États membres¹¹³⁹.

41 L'Orientation relative à Target II évoque les « établissements de crédit établis dans l'EEE »¹¹⁴⁰ et laisse le soin aux États membres de définir la notion. La définition d'établissement de crédit ayant été harmonisée par la directive 2006/48, précédemment évoquée, nuls doutes que cette orientation fait référence au même type d'établissement.

42 En matière statistique, une nouvelle notion apparaît : celle « d'institutions financières monétaires » dont le système s'intéresse à la fois au bilan consolidé du secteur et aux taux d'intérêts qu'il pratique. Le règlement de la BCE relatif au bilan du secteur des institutions financières monétaires¹¹⁴¹, dites IFM, évoque les « établissements de crédits tels que définis par l'article 4 de la directive 2006/48/CE » puis rappelle la définition que cette dernière pose. Lorsque la BCE cherche à connaître le taux d'intérêt appliqué sur le marché monétaire, son règlement¹¹⁴² évoque les « établissements de crédit ».

Encore une fois, la mise à jour du texte laisse à désirer puisque ces établissements sont définis en référence au premier règlement de la BCE relatif au bilan du secteur¹¹⁴³, qui a été abrogé et remplacé par celui que nous venons de mentionner. Il est regrettable que ce genre de mise à jour ne soit pas systématique, d'autant que ce règlement a été modifié sur d'autres points, en 2009. Cela dit, la définition reste la même puisque le premier règlement sur le bilan du secteur faisait référence à la notion d'établissement de crédit¹¹⁴⁴, telle que définie par la directive 2000/12.

43 La référence constante aux « établissements de crédit », et à sa définition donnée par le droit dérivé de l'Union, donne une unité à la notion. Cette notion unifiée sera appelée « contrepartie ». Ce terme est employé par la BCE pour désigner ces mêmes établissements,

¹¹³⁷ Orientation de la Banque centrale européenne du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème, précité, annexe I, 2.1.

¹¹³⁸ *Idem*, annexe I, 2.1 a).

¹¹³⁹ Sur les exigences prudentielles, voir SERVAIS D. (dir), *Intégration des marchés financiers*, précité, p. 107-125 et sur la surveillance prudentielle et le rôle des autorités pp. 126-136.

¹¹⁴⁰ Art. 4 de l'orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transfert express automatisé transeuropéen à règlement brut en temps réel (Target II) (BCE/2007/2), précité.

¹¹⁴¹ Règlement 25/2009/CE de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (BCE/2008/32), précité.

¹¹⁴² Art. 1 3) du règlement 63/2002/CE de la Banque centrale européenne, du 20 décembre 2001, concernant les statistiques sur les taux d'intérêt appliqués par les institutions financières monétaires aux dépôts et crédits vis-à-vis des ménages et des sociétés financières (BCE/2001/18), précité.

¹¹⁴³ Règlement 2423/2001/CE de la Banque centrale européenne, du 22 novembre 2001, concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (BCE/2001/13), JO n° L 333 du 17.12.2001, p. 1-46.

¹¹⁴⁴ *Idem*, Annexe I.

lorsqu'il s'agit des opérations de politique monétaire¹¹⁴⁵. Il semble pertinent car il traduit le fait que l'Eurosystème est en lien constant avec elle et que ce lien n'est pas unilatéral. La notion de contrepartie illustre le fait que l'intégration verticale passe par une grande proximité entre la structure intégrée et les agents du secteur auquel il s'adresse.

2) Les obligations imposées par l'Eurosystème aux contreparties.

44 Les contreparties constituent une catégorie spécifique par l'étendue des obligations que leur impose le système et leur intégration au sein même des mécanismes de transmissions de la politique monétaire. Ces obligations ont été esquissées au paragraphe précédent en énumérant les textes qui les concernent. Elles sont au nombre de trois : la constitution de réserves obligatoires, la participation aux opérations de politique monétaire – facultatives en théorie mais rendues indispensables par le besoin de liquidité créé par les réserves – et les obligations de déclaration statistique. Ces trois obligations sont interdépendantes et forment le lien particulier qui unit les contreparties à l'Eurosystème.

45 La première, et la plus fondamentale, est celle de constitution de réserves obligatoires. La présence d'une Banque centrale est nécessaire dans un marché monétaire : c'est à travers elle que les contreparties vont pouvoir effectuer entre elles des paiements. Ces paiements se font à l'aide des comptes dont elles disposent au sein des Banques centrales. La Banque centrale prend avantage de ce besoin qu'ont les contreparties et leur impose de toujours y conserver un minimum de fonds : les « réserves obligatoires ». Ces dernières vont ensuite constituer, comme le dit le Conseil : « *un instrument efficace de gestion du marché monétaire et de contrôle monétaire* »¹¹⁴⁶.

Sans entrer dans les détails techniques du calcul des réserves obligatoires, quelques points sont tout de même importants à noter : les réserves sont calculées sur une base mensuelle, qui commence après chaque réunion du Conseil des gouverneurs¹¹⁴⁷. Le montant des réserves est déterminé à partir d'une assiette mesurant les actifs dont dispose l'établissement de crédit et plus précisément ses fonds propres et les titres de créance émis. Les réserves obligatoires ont pour but de créer, de la part des contreparties, un besoin de liquidité et ainsi de les contraindre à venir en chercher auprès du système. Il s'assure ainsi de leur participation aux opérations de politique monétaire. Ces opérations constituent la tâche fondamentale de l'Eurosystème. Le chapitre suivant abordera plus en détail leur déroulement et leur impact. Elles ont pour but d'influencer les taux d'intérêts pratiqués par les contreparties.

46 Il faut ensuite que la BCE constate l'effectivité de ces mécanismes. « *Ces taux d'intérêt constituent l'étape ultime du mécanisme de transmission de la politique monétaire résultant des variations des taux d'intérêt directeurs, et ils représentent, par conséquent, une condition préalable nécessaire à l'analyse fiable des évolutions monétaires dans les États*

¹¹⁴⁵ Orientation de la Banque centrale européenne du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème, précité.

¹¹⁴⁶ Considérant 5 du Règlement 2531/98 du Conseil, précité.

¹¹⁴⁷ Art. 6 du Règlement 745/2003/CE de la Banque centrale européenne, précité.

participants ». ¹¹⁴⁸ Les obligations statistiques des contreparties ont un double but. Elles servent d'un côté à la BCE pour apprécier l'efficacité de sa politique monétaire. Pour cela, elle doit disposer de deux types de données : les taux d'intérêt pratiqués par les contreparties (règlement BCE/2001/18¹¹⁴⁹) et, d'un autre côté, la quantité de monnaie qu'elles mettent en circulation (règlement BCE/2008/32¹¹⁵⁰). L'Eurosystème peut ainsi connaître l'état de santé de chaque établissement et de calculer les réserves obligatoires qu'il doit constituer et évaluer les besoins monétaires des agents¹¹⁵¹.

47 Les contreparties se distinguent des autres acteurs par la spécificité et la complétude de leur régime juridique. Elles sont le courant par lequel la BCE va transmettre sa politique monétaire. L'ensemble de leurs obligations est tourné vers ce but. Inversement, les autres acteurs auxquels le droit monétaire peut s'appliquer n'ont que des obligations statistiques.

B. Les autres institutions monétaires : destinataires secondaires des normes émises par l'Eurosystème

48 Le marché monétaire n'est pas réductible aux contreparties. Autour d'elles gravitent un certain nombre d'acteurs dont le comportement a des effets sur le marché monétaire mais sur lequel l'Eurosystème ne cherche pas à avoir de contrôle. Ces acteurs sont assez divers (1) et la BCE s'y intéresse uniquement à des fins statistiques (2).

1) Des institutions représentant la diversité du marché monétaire.

49 Il n'est pas possible de donner une définition précise de cette catégorie. Au contraire, il s'agit plutôt d'un " fourre-tout ".

50 En premier lieu, il y a des établissements que la BCE inclut dans les institutions financières monétaires sans les obliger à constituer des réserves obligatoires. La différence est faite entre ces deux types d'institutions par l'article 3 du règlement CE n°25/2009 qui impose au Directoire d'établir une liste des IFM comprenant « *une rubrique indiquant si les institutions sont assujetties ou non au régime de réserves obligatoires de la BCE* »¹¹⁵². On y trouve, d'après l'article 1 de ce texte, « *les autres IFM, c'est-à-dire les autres institutions financières résidentes répondant à la définition d'une IFM, quelle que soit la nature de leurs activités* ». Les instruments qu'elles émettent doivent être distincts mais en partie substituables à ceux émis par les contreparties, et c'est ce qui distingue les deux types d'institutions. Cette

¹¹⁴⁸ Règlement 63/2002/CE de la Banque centrale européenne, du 20 décembre 2001, concernant les statistiques sur les taux d'intérêt appliqués par les institutions financières monétaires aux dépôts et crédits vis-à-vis des ménages et des sociétés financières (BCE/2001/18), précité., précité, considérant 1.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹¹⁵⁰ Règlement 25/2009/CE de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (BCE/2008/32), précité.

¹¹⁵¹ Sans rentrer dans les détails techniques, ces statistiques se présentent sous la forme de tableaux que les contreparties doivent remplir. On y retrouve des lignes détaillant les types d'actifs (pièces, billets, titres...) et de passif (dépôts, titres de créance émis) de l'institution concernée. Les colonnes détaillent les personnes et les secteurs avec qui ces transactions ont été opérées (administration publique, entreprise, ménage).

¹¹⁵² Art. 3.1 du règlement 25/2009/CE de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (BCE/2008/32), précité.

catégorie est majoritairement constituée des Organismes de placement collectif monétaires¹¹⁵³.

51 C'est le critère de l'influence d'une catégorie d'institutions sur le marché monétaire qui la fait entrer dans la sphère d'action du système. Lorsque l'action d'un secteur est en mesure d'influencer le marché monétaire, il entre dans sa compétence.

Aussi, parce que « *les offices des chèques postaux qui reçoivent des dépôts exercent à cet égard des activités similaires à celles des IFM* »¹¹⁵⁴, le règlement (CE) n° 1027/2006 de la BCE, du 14 juin 2006 (BCE/2006/8) leur impose des obligations. De même « *Étant donné les liens étroits qui existent entre les activités de titrisation des sociétés-écrans et les institutions financières monétaires* »¹¹⁵⁵, elles sont aussi soumises à des obligations statistiques par le droit monétaire européen et plus précisément le règlement (CE) n° 24/2009 de la BCE du 19 décembre 2008 (BCE/2008/30).

52 Enfin, d'autres établissements sont soumis aux règlements de la BCE car la connaissance du secteur dans lequel ils agissent est indispensable à la BCE. C'est notamment le cas des fonds de placement. « *Afin de remplir sa mission et de contrôler les activités financières autres que celles qui sont menées par les institutions financières monétaires (IFM), le SEBC requiert des informations statistiques de haute qualité sur l'activité des FP* »¹¹⁵⁶. Ces institutions n'ont, vis à vis de l'Eurosystème, que des obligations statistiques là où les contreparties doivent en plus constituer des réserves et incidemment participer aux opérations de politique monétaire.

2) Les obligations statistiques des autres acteurs.

53 La nature de ces obligations varie. Il est important de noter que, plus les services offerts par ces autres acteurs se rapprochent de ceux offerts par les contreparties, plus leurs obligations statistiques seront similaires aux leurs.

54 Les autres IFM sont alors soumises exactement aux mêmes obligations que les contreparties, leur régime étant posé par le même texte. Il en va de même pour les offices des chèques postaux. Comme l'énonce le considérant 5 du règlement CE n°1027/2006 précité, leur activité est extrêmement proche de celle des IFM. Il va « *soumettre les deux types d'entités à des obligations de déclarations statistiques similaires* »¹¹⁵⁷. Pour les sociétés-

¹¹⁵³ Pour plus de détails voir *idem*, annexe 1.

¹¹⁵⁴ Considérant 5 du règlement 1027/2006/CE de la BCE du 14 juin 2006 relatif aux obligations de déclaration statistique concernant les organismes de chèques et virements postaux qui reçoivent des dépôts de résidents de la zone euro autres que les institutions financières monétaires (BCE/2006/8), JO n° L 184 du 6.7.2006, pp. 106-118.

¹¹⁵⁵ Considérant 2 du règlement 24/2009/CE de la BCE du 19 décembre 2008 relatif aux statistiques sur les actifs et les passifs des sociétés-écrans effectuant des opérations de titrisation (BCE/2008/30), JO L 15 du 20.1.2009, pp. 1-13.

¹¹⁵⁶ Considérant 2 du règlement 958/2007/CE de la Banque centrale européenne du 27 juillet 2007 relatif aux statistiques sur les actifs et les passifs des fonds de placement (BCE/2007/8) JO L 211 du 14.8.2007, pp. 8-29.

¹¹⁵⁷ Considérant 5 du règlement 1027/2006/CE de la Banque centrale européenne relatif aux obligations de déclaration statistique concernant les organismes de chèques et virements postaux qui reçoivent des dépôts de résidents de la zone euro autres que les institutions financières monétaires (BCE/2006/8), précité.

écrans, leur activité n'est pas assimilable à celle des contreparties mais elle lui est complémentaire. Leurs obligations statistiques le seront aussi. Le règlement précise qu' « *il est nécessaire de soumettre les IFM et les sociétés-écrans à des obligations de déclaration cohérentes, complémentaires et intégrées* »¹¹⁵⁸. Enfin, les fonds de placement sont soumis à des obligations statistiques adaptées à leur activité mais dont la nature ne diffère pas de celle des IFM¹¹⁵⁹.

55 Il est fondamental de comprendre que les actes de l'Eurosystème ne s'adressent pas à tout un chacun. Le propre de l'intégration verticale est d'être sectoriel et de s'adresser aux professionnels de ce secteur. L'Eurosystème a pour compétence la monnaie, le droit qu'il produit s'adresse au secteur monétaire. Celui-ci est essentiellement composé des contreparties qui ont pour caractéristique principale de pouvoir créer de la monnaie. Cette prérogative s'accompagne d'obligations auprès de l'Eurosystème que nous avons détaillées. D'autres institutions font partie du marché monétaire, non pas parce qu'elles créent de la monnaie, mais parce que leur activité a une incidence sur cette création. L'intégration verticale se distingue d'autres formes de gouvernance par l'intégration des destinataires des normes à leur élaboration et leur mise en œuvre. Ils ne sont pas étrangers à une structure qui les gouverne, mais intégrées à elle.

§.2 - L'intégration des acteurs du marché à l'Eurosystème.

Dans le domaine monétaire, l'exclusivité de la compétence conférée à l'Eurosystème fait de lui l'acteur de référence en la matière. En tant que tel, il est amené à nouer des relations privilégiées avec les acteurs du marché monétaire et notamment les contreparties. Celles-ci ne sont pas seulement assujetties à des obligations. Elles participent activement à la structuration du marché monétaire de l'euro par l'Eurosystème qui s'opère par le biais des systèmes de paiement qui relient autorités et acteurs du marché monétaire.

La nature majoritairement scripturale de la monnaie impose la création d'infrastructures permettant aux acteurs d'opérer entre eux les transactions nécessaires. C'est le but des systèmes de paiement. La formule du Professeur Farjat est particulièrement parlante. Pour lui : « *On peut décrire le système monétaire et financier comme un immense système de communication avec des réseaux différenciés, une sorte de système complexe de collecte et de distribution de fond* »¹¹⁶⁰. Les systèmes de paiement en constituent l'infrastructure. Les banques centrales sont les mieux placées pour superviser, voire gérer et détenir de tels

¹¹⁵⁸ Considérant 3 du règlement 24/2009/CE de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2008 relatif aux statistiques sur les actifs et les passifs des sociétés-écrans effectuant des opérations de titrisation, précité.

¹¹⁵⁹ Ainsi, seuls les types d'actifs et de passifs changent, alors que la ventilation sectorielle reste, pour les IFM et les fonds de placement exactement la même. Pour faire simple, par rapport aux IFM : les lignes changent mais pas les colonnes.

¹¹⁶⁰ FARJAT G., « Nature de la monnaie, une approche de droit économique » in KAHN P. (coordinateur), *Droit et monnaie. État et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 101-152, ici p. 112

systèmes¹¹⁶¹. En leur sein, les transactions peuvent se faire en monnaie banque centrale. Cette monnaie émise par la banque centrale a la particularité d'être reconnue par l'ensemble des contreparties.

Pour cela, l'Eurosystème a créé son propre système de paiement : TARGET 2. L'élaboration d'une structure réunissant les contreparties a pris appui sur elles et leurs besoins, renfonçant ainsi la proximité du système et des contreparties (A). Le système TARGET 2 n'est fait que pour les paiements de masse entre les banques. Les paiements de détails, opérés au quotidien par les citoyens et entreprises de l'Union en sont exclus. Sous l'influence de la Commission et de l'Eurosystème, le système bancaire a entrepris une harmonisation des paiements de détails : la SEPA. Ce projet témoigne de la proximité entre le système monétaire et le système bancaire (B).

A. *Target : infrastructure technique réunissant les contreparties et l'Eurosystème.*

Les systèmes de paiement entrent dans la compétence de l'Eurosystème par la mission de promotion de leur bon fonctionnement qui lui est confiée par l'article 127 paragraphe 2 du TFUE. Le meilleur moyen de s'assurer de ce bon fonctionnement est d'en détenir et d'en gérer un : le système TARGET¹¹⁶².

L'acronyme signifie : système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel¹¹⁶³. C'est un système dit : RTGS¹¹⁶⁴ c'est à dire que les paiements sont effectués directement et individuellement de manière quasiment instantanée¹¹⁶⁵. Le critère retenu précédemment pour l'identification des contreparties est leur participation aux opérations de politique monétaire menées par l'Eurosystème. Or, le déroulement de ces opérations se fait par le biais du système TARGET. Les contreparties sont alors obligatoirement intégrées au sein de ce système (1). Le système TARGET en est à sa

¹¹⁶¹ « *There is a strong rationale for central bank involvement in payment, clearing and settlement issues. Modern economies are dependent on the safe and efficient flow of transactions. The smooth functioning of payment, clearing and settlement systems is a precondition for users' confidence in those systems and, ultimately, public confidence in the currency. The functioning of these systems also has an impact on the stability of financial institutions and markets, and may affect systemic stability. Moreover, such systems are essential for the implementation of monetary policy.* », : KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 151.

¹¹⁶² Voir la formule que la BCE emploie fréquemment dans ses rapports annuels : « *Une des missions statutaires de l'Eurosystème est de promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement. Le principal instrument dont il dispose pour mener à bien cette mission – outre sa fonction de surveillance – est l'offre de dispositifs de paiement et de règlement de titres.* », BCE, *Rapport Annuel 2004*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2005, p. 100.

¹¹⁶³ L'acronyme vient de l'anglais : Trans-European Automated Real-time Gross settlement Express Transfer system.

¹¹⁶⁴ Real Time Gross Settlement.

¹¹⁶⁵ Par oppositoion au système dut DNS : Deffered Net Settlement, où les paiements sont effectués en fin de journée et après compensation entre tous les ordres passés. Sur la différence entre ces systèmes voir : GOLBY M., « *Cross-border Interbank Settlement within the EU: The Role of the European Central Bank* », *European Business Law Review*, 2006, p. 135-182 et plus précisément p. 138-140.

deuxième génération. Il faut parler de TARGET 2. L'élaboration de ce second système s'est fait à l'écoute des contreparties et de leurs besoins (2).

1) TARGET 2 : système reliant l'Eurosystème aux contreparties

L'article 17 des Statuts ouvre la possibilité pour le système d'ouvrir des comptes « *aux établissements de crédit, aux organismes publics et aux autres intervenants du marché* ». Pour les premiers, les contreparties, ces comptes jouent un rôle central : c'est par leur biais que seront constituées les réserves obligatoires¹¹⁶⁶ et que seront effectuées les opérations de politique monétaire. Tous les teneurs de comptes et toutes les banques centrales du système sont reliés entre eux par le système TARGET 2 qui leur permet d'effectuer des paiements entre leurs comptes. C'est aujourd'hui le système de paiement le plus important de la zone euro, en valeur et en nombre de transactions. D'ailleurs, les autres systèmes de paiement utilisent aussi TARGET 2. Le système de paiement Euro 1, détenu et géré par l'European Banking Association, règle ses transactions par ce biais. Il s'agit d'un système de règlement net, qui n'opère qu'une seule transaction dans la journée, calculée sur la base des soldes nets que les opérateurs se doivent mutuellement. Le règlement de cette unique opération se fait par le biais de TARGET 2¹¹⁶⁷.

Il y a plusieurs types de participants au système TARGET 2. Les plus importants sont les contreparties. Leur participation est indispensable car c'est par le biais de TARGET que s'opèrent les opérations de politique monétaire¹¹⁶⁸. Cependant, il y a deux manières d'adhérer au système : directement ou indirectement.

Les participants directs étaient en décembre 2010 866 et les participants indirects 3585¹¹⁶⁹. Pour les deux, il s'agit majoritairement « *d'établissements de crédit établis dans l'EEE* » ou ceux établis « *à l'extérieur de l'EEE à condition qu'ils agissent par l'intermédiaire d'une succursale établie dans l'EEE* »¹¹⁷⁰. Il faut ajouter les BCN, évidemment¹¹⁷¹. Le système TARGET 2 dépasse le simple cercle des contreparties puisqu'il s'étend géographiquement à

¹¹⁶⁶ Ce n'est pas le cas de tous les comptes ouverts auprès du système TARGET. Les contreparties peuvent disposer de plusieurs comptes et doivent choisir lequel permettra la constitution des réserves. Dans ce cas là, le compte sera rémunéré, voir art. 12 §5 de l'annexe II de Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité ; voir aussi l'article 6 : « *Les comptes de règlement des établissements ouverts dans les livres des BCN participantes peuvent être utilisés comme comptes de réserves.* » du règlement 1045/2003/CE de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

¹¹⁶⁷ Sur le fonctionnement de Euro 1 et ses rapports avec TARGET voir GOLBY M., « Cross-border Interbank Settlement within the EU: The Role of the European Central Bank », précité et ECB, *Payment and securities settlement systems in the European Union, Blue Book, 4th Ed., Volume 1: euro area countries*, ECB, Francfort-sur-le-Main, 2007, 459p., pp. 41-45 et plus précisément p. 44.

¹¹⁶⁸ Art. 3 §2 a) d de l'annexe II de Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (BCE/2007/2), précité.

¹¹⁶⁹ Sources ECB, *TARGET annual report 2010*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2011, 62p., p. 21.

¹¹⁷⁰ Art. 4 §1 a) et b) de l'annexe II de Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2), précité.

¹¹⁷¹ Les BCN peuvent autoriser la participation ses services du Trésor, des organismes publics autorisés à détenir des comptes clientèles, des entreprises d'investissement et des entités gérant d'autres systèmes de paiement, *idem*, art. 4 §2 a) b) c) d).

tout les pays de l'EEE, voire plus et fonctionnellement à d'autres entités. Ainsi, lorsque l'Union conclut un accord monétaire, les entités de cet État – relevant de l'une des catégories ci-dessus – peuvent aussi participer¹¹⁷². Chaque entité peut décider de participer directement ou indirectement. Les participants directs¹¹⁷³ disposent d'un compte dit « MP », c'est-à-dire d'un compte au sein d'un module de paiement de la plate-forme partagée unique (PPU) par laquelle transitent tous les paiements et qui relie directement entre elles toutes les BCN et ainsi tous les participants à TARGET 2¹¹⁷⁴. Les participants indirects accèdent au système par le biais du compte MP d'un participant direct qui effectuera les transactions pour son compte¹¹⁷⁵.

Le système TARGET 2 est extrêmement utilisé. En 2010, le système réglait en quatre jours des transactions du montant équivalent à quatre fois le PIB de la zone Euro¹¹⁷⁶. Un tel résultat est possible grâce aux qualités de la deuxième version du système. Tout d'abord, le système est extrêmement sûr. Sa première particularité est d'effectuer ses opérations en temps réel, faisant ainsi disparaître le risque de défaut de paiement¹¹⁷⁷. Il permet ensuite des paiements dans une zone plus large que la zone euro, puisque le système est ouvert à tous les États de l'EEE. Dans la nouvelle version de TARGET 2 des instruments nouveaux permettent aux contreparties de gérer plus efficacement la liquidité dont elles disposent. C'est un système unique, matérialisé par la PPU, là où la version antérieure ne faisait que relier les systèmes nationaux. Par exemple, les groupes bancaires – ayant des succursales dans toute l'Europe – peuvent désormais regrouper leurs liquidités sur un seul compte MP¹¹⁷⁸. TARGET 2 est enfin un instrument de politique monétaire puisqu'il permet d'opérer aussi bien les opérations de fourniture de liquidités par l'Eurosystème que celles entre contreparties. Il facilite la diffusion des liquidités apportées par les banques centrales dans tout le marché monétaire¹¹⁷⁹. Le

¹¹⁷² *Idem*, art. 4 §2 e).

¹¹⁷³ *Idem*, art. 5 §1.

¹¹⁷⁴ Ce type de participation permet à un établissement de crédit de partager un compte MP unique pour toutes ses succursales établies dans l'EEE, *idem*, art. 5 §4.

¹¹⁷⁵ *Idem*, art. 6.

¹¹⁷⁶ « *When comparing the TARGET 2 turnover with the euro area's annual GDP it is possible to see that TARGET 2 settles the equivalent of it in around four days of operations. This indicates the efficiency for transactions and allows the fund credited to the participant's account to become immediately available for other payments* », ECB, *TARGET annual report 2010*, précité, p. 7.

¹¹⁷⁷ « *Payment transactions are settled one by one on a continuous basis in central bank money with immediate finality. Since the account of the receiving institution is never credited before the account of the sending institution has been debited, the receiving institution is always certain that funds received are unconditional and irrevocable. The receiving institution is therefore not exposed to credit or liquidity risk as a result of such payments* », KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, pp. 178-179.

¹¹⁷⁸ *Idem*, pp. 252-253 et sur les modalités voir le Titre V « *Mise en commun de la liquidité* » de l'annexe II de l'Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2).

¹¹⁷⁹ « *In TARGET2, liquidity can be managed very flexibly and is available at low cost, since fully remunerated minimum reserves – which credit institutions are required to hold with their central bank – can be used in full for settlement purposes during the day. Moreover, the averaging provisions applied to minimum reserves allow banks to be flexible in their end-of-day liquidity management. The overnight lending and deposit facilities also*

système octroie, en outre, aux participants des crédits intrajournaliers¹¹⁸⁰ garantissant ainsi au marché de ne jamais manquer de liquidité. Ces qualités intrinsèques sont le fruit de l'intégration des utilisateurs du système à son élaboration.

2) Le rôle majeur des contreparties dans l'élaboration du système TARGET 2

La supériorité du nouveau système TARGET 2 lui a permis de devenir « *une référence pour le traitement des paiements en euro en termes de vitesse, de fiabilité, d'heures d'ouverture et de qualité de services* »¹¹⁸¹. Un tel résultat n'est pas dû au hasard mais à l'écoute attentive par l'Eurosystème des attentes des participants au système qui sont associés aussi bien à son élaboration qu'à son évolution constante. Le premier système TARGET a été élaboré par l'IME, dans sa mission de préparation de l'Eurosystème¹¹⁸². Ici, ne sera abordée – à titre d'exemple – que l'élaboration du second système. Les conclusions tirées quant au second valent aussi pour le premier mais sont plus d'actualité.

La décision de passer de TARGET à TARGET 2 a été prise par le conseil des gouverneurs le 24 octobre 2002. Il a immédiatement été décidé que « *La conception de Target 2 sera définie au terme d'une consultation engagée auprès de ses utilisateurs* »¹¹⁸³. C'est à ces derniers que s'adresse en priorité le système à créer¹¹⁸⁴ et son élaboration doit les associer de près. Dès le 16 décembre 2002, le conseil lançait une « *consultation publique visant à recueillir les avis de l'ensemble des utilisateurs de Target quant à la stratégie à retenir pour Target 2 et son niveau de service* »¹¹⁸⁵. Le résultat de cette consultation a été publié le 14 juillet 2003¹¹⁸⁶. Ainsi,

2

allow for "last-minute" reactions to unexpected liquidity situations. In addition, the Eurosystem provides intraday credit interest-free. », *idem*, p. 251.

¹¹⁸⁰ Annexe III de l'Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité

¹¹⁸¹ « *TARGET has become a benchmark for the processing of euro payments in terms of speed, reliability, opening times and service levels.* », KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 243.

¹¹⁸² Sur ce premier système, voir, LÖBER K.M. & PERDERSEN K.J., « *The TARGET system* », *Euredia*, 2001/2002, n° 1, pp. 157-178.

¹¹⁸³ *Rapport Annuel 2002*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2003, p. 150. Le 24 octobre 2002, le conseil des gouverneurs publiait un communiqué de presse dans lequel il précise que : « *On the basis of both the decision taken by the Governing Council and the views of TARGET users, which will be ascertained via a public consultation exercise, the Eurosystem will establish a project plan for the next generation of TARGET* », www.ecb.int.

¹¹⁸⁴ Pour le conseil des gouverneurs, « *L'objectif principal de l'Eurosystème consiste à s'assurer que Target évolue vers un système qui : (a) réponde mieux aux besoins de la clientèle en fournissant un niveau de services largement harmonisé ; (b) garantisse l'efficacité en termes de coûts ; et (c) soit susceptible de s'adapter rapidement aux évolutions à venir* », *Rapport Annuel 2002*, précité, p. 153. Le rapport annuel traduit ici le communiqué de presse du conseil des gouverneurs précité qui précisait : « *The main objective of the Eurosystem is to ensure that TARGET evolves towards a system that (i) better meets customers' needs by providing an extensively harmonised service level, (ii) guarantees cost efficiency and (iii) is prepared for swift adaptation to future developments* ».

¹¹⁸⁵ *Rapport Annuel 2002*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2003, p. 97. Voir BCE, 16 décembre 2002, Consultation publique *Target 2 : Principes et Structure*, www.ecb.int.

¹¹⁸⁶ BCE, 14 juillet 2003, Consultation publique *Synthèse des commentaires reçus dans le cadre de la procédure de consultation publique relative à Target 2 – Principes et Structure*, (www.ecb.int). A la page 5, le document précise que : « *Le système bancaire européen a souligné l'importance d'une implication des utilisateurs dans le processus de décision à chacun des trois niveaux de gouvernance de Target 2* ».

d'après la BCE, « les contributions reçues dans le cadre de la consultation publique ont servi de base de départ pour déterminer les caractéristiques et fonctions de Target 2 »¹¹⁸⁷.

Tout au long de l'élaboration de TARGET 2, la BCE a publié des rapports d'étape¹¹⁸⁸ et a continué à consulter les utilisateurs¹¹⁸⁹. Ainsi, en 2005, l'élaboration des « Spécifications fonctionnelles détaillées pour l'utilisateur » a été faite en collaboration étroite avec eux¹¹⁹⁰. Le 17 juin 2005, le conseil des gouverneurs a clos la période de « consultation intensive »¹¹⁹¹. Ces derniers ont ensuite été associés à la phase de tests du système à partir de mai 2007¹¹⁹². La migration a ainsi eu lieu en 2007 et 2008 en trois étapes : 19 novembre 2007, 18 février et 19 mai 2008¹¹⁹³.

Depuis la migration, et comme elle le faisait déjà pour le premier système, la collaboration entre l'Eurosystème et les utilisateurs de TARGET 2 se poursuit¹¹⁹⁴. Ces derniers sont regroupés au sein du Target Working Group qui comprend des représentants : de la Fédération bancaire de l'Union européenne, du Groupement européen des caisses d'épargne et du Groupement européen des banques coopératives. Il se réunit fréquemment avec le groupe de travail de l'Eurosystème sur TARGET 2. Leurs réunions permettent de réfléchir aux améliorations à apporter au système et sur la transition vers ses versions améliorées.

TARGET 2 est aujourd'hui devenu une référence pour les paiements de masse en Euro. Face à une telle unité du marché de gros, le marché de paiement de détail ne pouvait rester fractionné comme il l'était. Son unité n'est pas aussi aisée à atteindre. Il a fallu pour cela une action tripartite de l'Eurosystème, la Commission et du secteur bancaire permettant la mise en place de SEPA.

B. Le SEPA : illustration de la collaboration fonctionnelle de l'Eurosystème et du marché monétaire.

¹¹⁸⁷ Rapport Annuel 2002, précité, p. 97.

¹¹⁸⁸ Le premier a été publié le 8 février 2005, le second le 21 octobre 2005, le troisième le 20 novembre 2006, le quatrième le 22 juin 2007 et le cinquième le 29 octobre 2007.

¹¹⁸⁹ « Outre ces rapports d'étape et l'étroite collaboration nouée dans le domaine des tests et de la migration, les utilisateurs ont été tenus informés des évolutions en cours par le biais des sites internet de la BCE et des BCN consacrés à TARGET2. », BCE, Rapport Annuel 2007, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2008, p. 118.

¹¹⁹⁰ Rapport Annuel 2005, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2006, p. 108.

¹¹⁹¹ « On 17 June 2005, the Governing Council of the ECB communicated to the market that the period of extensive user consultation had concluded », ECB, 21 octobre 2005, Second progress report on Target 2 (www.ecb.int), p. 1.

¹¹⁹² « Les tests impliquant les utilisateurs de TARGET2 ont débuté comme prévu le 2 mai 2007, et les résultats en ont été communiqués par le biais de rapports réguliers. », Rapport Annuel 2007, précité, p. 118.

¹¹⁹³ Chaque date correspond à la migration des pays suivants :

- Allemagne, Chypre, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Autriche et Slovénie ;
- Belgique, Irlande, Espagne, France, Pays-Bas, Portugal et Finlande ;
- Danemark, Estonie, Grèce, Italie, Pologne et BCE.

¹¹⁹⁴ « L'Eurosystème maintient des relations suivies avec les utilisateurs de TARGET2 et des réunions ont été organisées régulièrement en 2008 entre les BCN de la zone euro et les groupes d'utilisateurs nationaux de TARGET2. », BCE, Rapport Annuel 2008, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2009, p. 133. Tous les rapports annuels contiennent, peu ou prou, le même type de formule.

SEPA est un acronyme anglais pour « single european payment area ». Ce projet a été mené depuis le début des années 2000 par l'EPC (pour « European payment council »¹¹⁹⁵), la Commission et l'Eurosystème. Il met en lumière le rôle de catalyseur joué par l'Eurosystème dans le domaine des systèmes de paiement¹¹⁹⁶. Le projet SEPA doit unifier l'espace européen des paiements scripturaux de détails, à l'image de celui des paiements fiduciaires depuis le 1^{er} janvier 2002. Ainsi, il vise la mise en place des virements, prélèvements et paiements par cartes uniformes pour l'ensemble de la zone euro, et plus largement pour l'ensemble de l'Espace économique européen¹¹⁹⁷.

L'ambition du projet¹¹⁹⁸ et sa complexité ont nécessité un travail tripartite réparti entre l'EPC pour la partie technique, la Commission pour la partie juridique et l'Eurosystème comme catalyseur des initiatives (1). Le SEPA semble ainsi parfaitement illustrer un modèle de production du droit de co-régulation ou en réseau. Cependant, l'avancement du projet impose un investissement de plus en plus grand des autorités publiques, laissant ainsi apparaître les failles des modèles de co-régulation (2).

1) SEPA : un projet tripartite

Les rôles sont bien répartis dans la construction du projet SEPA : la partie technique revient à l'EPC, la partie juridique à la Commission européenne et l'Eurosystème en soutien au projet. L'initiative même du projet SEPA est partagée. B. Sousi rappelle que « *les instruments de paiement sont au centre d'une réflexion au sein de la Communauté* » puis de l'Union depuis les années quatre-vingt¹¹⁹⁹. Dès 1999, l'Eurosystème soulignait le besoin d'une amélioration du fonctionnement des paiements de détail¹²⁰⁰ et se tenait à disposition du secteur bancaire pour jouer un rôle de catalyse dans ces changements¹²⁰¹. Ensuite, l'adoption en 2001 du règlement sur les paiements transfrontaliers en euro¹²⁰², et les coûts qu'il engendre, a poussé

¹¹⁹⁵ Ces deux acronymes n'ont pas été traduits en langue française, ils seront repris ici dans leur formulation anglaise qui est reprise par tous les documents officiels, y compris en français.

¹¹⁹⁶ Pour une description de ce rôle voir : KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 291-306.

¹¹⁹⁷ Pour l'EPC : « *The Single Euro Payments Area (SEPA) is the area where citizens, companies and other economic participants can make and receive payments in euro, within Europe, whether within or across national boundaries under the same basic conditions, rights and obligations, regardless of their location.* », EPC, *Making SEPA a reality*, Version 3.0, Septembre 2009, www.europeanpaymentscouncil.eu, p. 6.

¹¹⁹⁸ Pour la BCE : « *SEPA n'est pas seulement un projet commercial : c'est la traduction d'une ambition politique et sociale pour une Europe plus intégrée, plus compétitive et plus innovante* », BCE, *L'espace unique des paiements en Europe – 7^{ème} rapport d'étape : de la théorie à la pratique*, BCE, 2010, 58p., ici p. 9.

¹¹⁹⁹ SOUSI B., *Droit bancaire européen*, précité, p. 2, voir aussi, du même auteur, « Un marché, une monnaie, un espace de paiement » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 349-356.

¹²⁰⁰ Il relevait notamment le coût élevé des paiements transfrontières.

¹²⁰¹ Voir, ECB, *Improving cross-border retail payment services The Eurosystem view*, Septembre 1999. La BCE précise page 6 le rôle que l'Eurosystème peut jouer : « *The Eurosystem intends to become a catalyst for change, initiating regular discussions with the banking and payment service industry in order to facilitate the achievement of euro area agreements which will improve the environment for retail cross-border payments, in particular in the field of standardisation* ».

¹²⁰² Règlement 2560/2001/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 2001 concernant les paiements transfrontaliers en euros, JO n° L 344 du 28.12.2001, p. 13-16.

le secteur à entamer un travail de fond sur la question¹²⁰³. L'EPC s'est créé dans le but d'améliorer cette situation et a publié, dès sa création en mai 2002, une déclaration d'intention claire s'intitulant « *L'Euroland, notre Zone de Paiement Unique* »¹²⁰⁴.

Dans sa déclaration d'intention, l'EPC posait les bases de la méthode d'élaboration du SEPA : « *C'est uniquement par le biais d'une action collective que ce problème peut être résolu. Les banques européennes et les associations du secteur du crédit devront travailler avec diverses autorités publiques, la Commission européenne, le Parlement européen et la Banque centrale européenne* » tout en précisant que « *le législateur et les régulateurs devront trouver le juste milieu entre la poursuite légitime du bien public et le maintien de la stabilité et de la compétitivité du marché financier* »¹²⁰⁵. Il s'est chargé d'élaborer les instruments communs au SEPA¹²⁰⁶. Trois nouveaux instruments ont été créés : le virement SEPA, le prélèvement SEPA et le système SEPA pour les cartes¹²⁰⁷. Ils ont été élaborés suite à des consultations intensives pas l'EPC de ses composantes¹²⁰⁸. Leur fonctionnement est décrit dans des « *rulebooks* » adoptés par l'EPC. Ils sont périodiquement mis à jour et contiennent les spécifications techniques sur le fonctionnement de ces nouveaux instruments¹²⁰⁹. Ces instruments ne sont contraignants que pour ceux qui les adoptent¹²¹⁰.

¹²⁰³ Il oblige les banques, à son article 3, à facturer au même tarif les virements nationaux et transfrontières inférieurs à 12 500 euros. Or, le coût pour les banques de ces deux types de virements est différent, les seconds sont largement plus onéreux. Elles ont alors été contraintes de s'entendre afin d'harmoniser les conditions de paiements transfrontières et ainsi de réduire leurs coûts.

Il semble d'ailleurs que le but de ce règlement était de faire réagir les banques sur ce sujet. « *In the absence of any pressures from users action on the issue has been initiated from above, at the political level. As a matter of fact, on the eve of the introduction of the chartal Euro (banknotes and coins) the EC legislator enacted Regulation 2560/2001 'on Cross-border Payments in Euro' which was meant to concentrate the banks' collective minds on bringing down the costs of cross border retail payments* », VAN EMPEL M., « Retail payments – The Lisbon agenda and SEPA », *Euredia*, 2006/1, p. 51-68 ici p. 56. Les banquiers le reconnaissent d'ailleurs volontiers : « *beyond its formal stipulations, the Regulation at the time of its inception was clearly intended to shock the banking sector into stepping up its efforts to achieve the Single European Payment Area* », EPC, *Making SEPA a reality*, p. 13.

¹²⁰⁴ EPC, « *Euroland: our Single Payment Area!* » *White Paper*, Mai 2002 (http://www.europeanpaymentscouncil.eu/knowledge_bank_download.cfm?file=SEPA%20Whitepaper%200520021.pdf).

¹²⁰⁵ EPC, « *Euroland: our Single Payment Area!* » *White Paper*, « *Only through collective action can this issue be truly resolved. European banks and credit sector associations will have to work with the various regulatory authorities, the European Commission, European Parliament and the European Central Bank* » (p. 3) ; « *Policy makers and regulators will have to strike the right balance between legitimate pursuit of public good and ensuring the sustained stability and competitiveness of the financial system.* » (p. 2).

¹²⁰⁶ Il n'a pas cherché à harmoniser les instruments de paiement existant au sein des États membres, dont la diversité rendait l'exercice trop complexe, voir BEAU D., CHABASSOL G. & COLLES B., « De nouveaux instruments de paiement européens », *Bulletin de la Banque de France*, Mars 2006, n° 146, pp. 25-38, plus précisément p.27.

¹²⁰⁷ Les deux premiers ont vu le jour en septembre 2005 avec la publication par l'EPC de deux « *rulebooks* » décrivant le fonctionnement de ces nouveaux instruments (EPC, *SEPA Credit Transfert – Scheme Rulebook*, Version 6.0 ; EPC, *SEPA Core Direct Debit – Scheme Rulebook*, Version 6.0). Pour les cartes, un cadre de travail (« *framework* ») a été adopté la même année (tous les documents sont disponibles sur le site de l'EPC www.europeanpaymentscouncil.eu).

¹²⁰⁸ Voir, VERONNEAU E., « SEPA Credit Transfer et SEPA Direct Debit – Les instruments de paiement de demain », *Revue Banque*, Décembre 2005 n°675, pp. 36-38.

¹²⁰⁹ Il n'est pas ici nécessaire et pertinent de décrire le fonctionnement de ces instruments. Seule la méthode d'élaboration importe. Pour des détails techniques voir : BEAU D., CHABASSOL G. & COLLES B., « De

La Commission européenne est venue en renfort pour adopter certains textes nécessaires au fonctionnement des instruments élaborés par l'EPC. La directive sur les services de paiements¹²¹¹ dans le marché intérieur est la plus importante en la matière et pose les bases juridiques nécessaires au fonctionnement du SPEA¹²¹². A côté de ce texte, le règlement sur les paiements transfrontières a été mis à jour¹²¹³. Ce texte vient clairement en soutien à SEPA¹²¹⁴. Le rôle de l'Eurosystème est plus diffus. Il agit de concert avec la Commission, ce qui s'est manifesté par un certain nombre de déclarations communes aux deux institutions¹²¹⁵. Il agit en catalyseur du changement¹²¹⁶. Son intervention a pris de multiples formes : publication de rapport tout au long du processus indiquant les progrès accomplis et ceux restant à faire¹²¹⁷, organisation de réunion et participation au travail de l'EPC où il a le statut d'observateur¹²¹⁸.

2

nouveaux instruments de paiement européens », précité ; KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, pp. 190-192 ; EPC, *Making SEPA a reality*, p. 16-29 ; », VERONNEAU E., « SEPA Credit Transfert et SEPA Direct Debit – Les instruments de paiement de demain » précité.

¹²¹⁰ « *Becoming a Participant in the Scheme involves signing the Adherence Agreement. By signing the Adherence Agreement, Participants agree to respect the rules described in the Rulebook.* », EPC, *SEPA Credit Transfert – Scheme Rulebook*, art. 1.4.

¹²¹¹ Directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, JO L 319 du 5.12.2007, pp. 1-36.

¹²¹² Voir : KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 235 et VAN EMPEL M., « Retail payments – The Lisbon agenda and SEPA », précité, p. 62.

La directive est moins claire sur ses motifs, comme le précise clairement le considérant 4 : « *il est crucial d'établir, au niveau communautaire, un cadre juridique moderne et cohérent pour les services de paiement — que ces services soient ou non compatibles avec le système résultant de l'initiative du secteur financier en faveur d'un espace unique de paiement en euros (SEPA) — qui soit neutre de façon à garantir des conditions de concurrence équitables pour tous les systèmes de paiement, afin de maintenir le choix offert au consommateur, ce qui devrait représenter un progrès sensible en termes de coûts pour le consommateur, de sûreté et d'efficacité par rapport aux systèmes existant au niveau national* ». Les règles de la directive cherchent à pouvoir s'appliquer à n'importe quels instruments de paiement, et donc au SEPA, mais sans viser ce dernier précisément.

Le secteur bancaire a une vision très claire du but de cette directive, voir Association of German Bankers, *SEPA uniform payment instruments for Europe*, 3^{ème} Ed., Berlin, notamment p. 14.

¹²¹³ Le montant pour lequel les opérations internes et transfrontières doivent être tarifées au même niveau est relevé à 50 000 euros, voir règlement 924/2009/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant les paiements transfrontaliers dans la Communauté et abrogeant le règlement (CE) n° 2560/2001, JO n° L 266 du 9.10.2009, pp. 11-18.

¹²¹⁴ Voir son considérant 11 : « *Afin de faciliter le lancement du système de prélèvement SEPA, il est nécessaire de mettre en place un modèle économique commun et de clarifier la situation juridique des commissions multilatérales d'interchange.* », voir aussi KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, pp. 233-234.

¹²¹⁵ Voir la déclaration du 8 janvier 2008, « Déclaration commune de la Commission européenne et de la Banque centrale européenne saluant le lancement officiel des instruments de paiement SEPA par les banques de l'UE » ou celle du 4 septembre 2008 « la Commission et la BCE soutiennent le lancement du prélèvement SEPA paneuropéen; informations aux entreprises »

¹²¹⁶ Voir l'opinion de l'EPC (EPC, *Making SEPA a reality*, p. 13).

¹²¹⁷ Dans l'ordre chronologique : ECB, *Improving Cross-Border Retail Payment Services Progress Report*, September 2000 ; ECB, *Toward a single Euro Payment Area – Progress Report*, June 2003 ; BCE, *Vers un espace unique des paiements en Europe – Troisième rapport d'étapes*, 2 décembre 2004 ; BCE, *Vers un espace unique des paiements en Euro – Objectifs et échéances – 4^{ème} rapport d'étape*, Février 2006 ; BCE, *L'espace unique des paiements en Euro (SEPA) Du concept à la réalité – Cinquième rapport d'étapes*, Juillet 2007 ; BCE,

2) SEPA : une illustration des limites de l'auto-régulation

Le projet SEPA est prévu pour se faire en plusieurs étapes. La première était celle de la construction du SEPA. Elle a été achevée rapidement – entre 2004 et 2007 – et efficacement, notamment par l'action de l'EPC¹²¹⁹. Cette phase implique aussi un travail technique complexe pour mettre à jour les systèmes de règlement et de compensation aux nouveaux instruments¹²²⁰. La deuxième phase est celle de la mise en œuvre. Elle s'est faite individuellement dans chaque banque entre 2007 et 2008. La dernière phase, celle de migration, est la plus délicate. Elle exige non seulement que les instruments SEPA soient mis en œuvre dans toutes les banques, mais aussi qu'ils viennent remplacer les instruments nationaux existants. Cette phase a commencé en janvier 2008 et est toujours en cours et a pris beaucoup de retard. En 2009, la Commission constatait que seulement 3,9% des virements s'effectuent selon les normes SEPA¹²²¹.

Plusieurs causes expliquent ce retard et notamment : le caractère trop souple des règles prévues par les « rulebooks » de l'EPC¹²²², l'ambiguïté des rapports entre les textes adoptés par l'Union et le projet SEPA¹²²³ et les crises économiques et financières qui font passer le projet au second plan et enfin le caractère facultatif du SEPA. La méthode suivie fondée sur la participation volontaire de l'EPC atteint ses limites. Ce dernier n'a pas la capacité de contraindre les banques¹²²⁴. Ainsi, « *la dynamique du SEPA n'est pas naturelle* »¹²²⁵, au contraire, pour progresser vers son achèvement elle a besoin d'être poussée.

2

L'espace unique des paiements en Euro – Sixième rapport d'étape, Novembre 2008 ; BCE, *L'espace unique de paiement en Euros – Septième rapport d'étapes De la théorie à la pratique*, Octobre 2010.

¹²¹⁸ « *Participation in the various working groups (which have evolved over time) allows the Eurosystem to closely follow the work of the EPC, to make its expertise available and, last but not least, to learn from the banks* » KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 297.

¹²¹⁹ Voir, VAN EMPEL M., « Retail payments – The Lisbon agenda and SEPA », précité, p. 58 et KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 192.

¹²²⁰ L'EPC cherche à favoriser la mise en place de chambre de compensation européennes dites PE-ACH pour Pan-European Automated Clearing House (sur ce thème voir, KHALLOUF J., « Marché unique et stratégie d'ajustement », *Revue Banque*, Décembre 2005 n°675, pp. 28-29).

¹²²¹ Communication de la Commission du 10 septembre 2009, Achèvement du SEPA : feuille de route 2009-2012, COM 2009 (471) Final, p. 3.

¹²²² Ils permettent des dérogations, dites « additional optional services » (voir par exemple EPC, *SEPA Credit Transfert – Scheme Rulebook*, Version 6.0, art. 2.3 et ULLMO N., « Passage à SEPA, La désillusion derrière les grands objectifs d'unification et de gains », précité, p. 38).

¹²²³ Les rapports entre les directives sur les instruments de paiements et le SEPA semblent plus conflictuels que prévus. Les intentions de la directive sont floues. Celle-ci ne se veut pas une base juridique *per se* pour le SEPA (voir supra). La Commission précise pourtant dans sa communication que « *L'adoption de la directive sur les services de paiement constitue le fondement juridique du SEPA* » (Communication de la Commission du 10 septembre 2009, Achèvement du SEPA : feuille de route 2009-2012, précité, p. 8). Pour certains, ce serait même un frein à la mise en place du SEPA (WANDHÖFER R., « The payment service directive – Support or challenge for SEPA ? », *Euredia*, 2009/1, pp. 23-32 plus précisément p. 24)

¹²²⁴ VAN EMPEL M., « Retail payments – The Lisbon agenda and SEPA », précité, p. 61 : « *how can it be expected to force individual banks into refusing their client anything but those SEPA products ? It appears indeed that the EPC refuses to accept any responsibility for what it sees as an issue clearly outside of its competences* ».

¹²²⁵ OPHELE R., « La dynamique du SEPA n'est pas naturelle », *Revue Banque*, Janvier 2011 n°732, pp. 24-27.

Pour remédier à ce retard, tous appellent une plus grande implication des institutions européennes : l'EPC¹²²⁶, la Commission comme l'Eurosystème. Ce dernier a tout d'abord adopté des jalons afin de guider le secteur bancaire dans la migration vers le SEPA, sans réel succès¹²²⁷. Parallèlement, le système a publié ses attentes quant au SEPA¹²²⁸. Néanmoins, il précise de suite qu'il « *n'a pas l'intention de formuler des attentes en termes contraignants* »¹²²⁹ et en appelle à la Commission.

Cette dernière a pris les choses en main, pressée en cela par le Conseil Ecofin et Le Parlement européen¹²³⁰. La Commission a proposé en 2010 l'adoption de dates butoirs pour la migration vers le SEPA¹²³¹. Le 20 décembre 2011, le Conseil et le Parlement sont parvenus à un accord selon lequel la date de fin de migration sera le mois de Février 2014.

Enfin, pour assurer la pérennité du SEPA, après initiative de la Commission et de la BCE, un Conseil SEPA a été mis en place en février 2010. De manière formelle, le Conseil est créé par un acte innommé sans auteur, sans numéro, sans considérants et sans date...¹²³² Le Conseil a trois buts, légèrement redondants : la promotion de la réalisation du SEPA, la responsabilité et la transparence du SEPA et le contrôle et le support de la migration SEPA¹²³³. Pour ce faire, il a une composition large : Commission et BCE qui le co-président, représentant des utilisateurs et fournisseurs ainsi que des BCN. Il s'est réuni pour la première fois à Bruxelles le 7 juin 2010. Au-delà de résultats concrets qui semblent minces¹²³⁴, le Conseil SEPA a

¹²²⁶ « *The European banking industry has successfully delivered innovative and commonly applicable SEPA payment schemes and frameworks. It is now up to the political drivers of the SEPA initiative – EU governments, the European Commission (EC) including the ECOFIN and the Governing Council of the European Central Bank (ECB) – to create the incentives needed to facilitate the migration of bank customers to the new SEPA instruments.* » EPC, *Making SEPA a reality*, p. 7.

¹²²⁷ Dans son sixième rapport elle en pose 10 pour la période allant de 2009 à 2010 (BCE, *L'espace unique des paiements en Euro – Sixième rapport d'étape*, p. 37). Dans son septième rapport, elle fait le bilan du respect par le secteur bancaire de ces jalons. Elle constate que seuls quatre de six jalons ont été respectés (BCE, *L'espace unique de paiement en Euros – Septième rapport d'étapes De la théorie à la pratique*, p. 47-48). Elle pose ensuite de nouveaux jalons pour la période allant de 2010 à 2013

¹²²⁸ Eurosystème, *SEPA : les attentes de l'Eurosystème*, précité

¹²²⁹ *Idem*, p. 4.

¹²³⁰ Voir par exemple les conclusions du Conseil sur l'espace unique de paiements en euros (SEPA), Conseil affaires économiques et financières, Bruxelles, le 10 février 2009 et la résolution du Parlement européen du 12 mars 2009 sur la mise en œuvre de l'espace unique de paiement en euros (SEPA).

¹²³¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des exigences techniques pour les virements et les prélèvements en euros et modifiant le règlement (CE) n° 924/2009, COM(2010)775 final, article 5 de la proposition.

¹²³² « The SEPA Council : description and functioning » (http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/sepa/council/mandate_en.pdf). Une de ses notes de bas de page précise que « *This document is not intended to impose any legally binding obligation upon the participants, in particular the EU institutions.* » (p. 1 note 1). A en juger par sa forme, on en est loin !

¹²³³ *Idem*, art. 1.

¹²³⁴ Voir les résumés de deux des trois réunions tenues par le Conseil : BCE & Commission, 11 août 2010, « Summary of the First Meeting of the SEPA Council, Bruxelles, 7 June 2010 » (http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/sepa/council/summary-2010_06_07_en.pdf) ; 12 juillet 2011, « Summary of the Third Meeting of the SEPA Council, Bruxelles, 11 May 2011 » (http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/sepa/council/summary-2011_05_11_en.pdf).

Les conclusions de ces conseil, pour résumer, sont que les consommateurs doivent être mieux informer et que les discussions doivent se poursuivre sur les autres points à l'ordre du jour.

surtout pour but de forcer la discussion entre toutes les parties prenantes du projet pour le faire avancer. La Commission continue de pousser vers l'achèvement du SEPA notamment dans le domaine des cartes et des paiements électroniques. Elle a ainsi publié en janvier dernier un livre vert intitulé : « *Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile* »¹²³⁵

« *Si on se voulait critique, le SEPA pourrait presque servir de contre-exemple à la bonne gestion des programmes d'envergure européenne* »¹²³⁶. Une telle conclusion est sans doute exagérée, cependant, la lenteur de la migration SEPA montre la délicatesse des processus de co-régulation basé sur la soft-law, que constituent les « rulebooks », surtout en comparaison de l'efficacité de la migration vers TARGET. La mise en parallèle des deux projets met en lumière non seulement l'importance de disposer d'instruments contraignants mais surtout l'importance du contexte dans la mise en œuvre des mécanismes de co-régulation. L'orientation TARGET n'est pas contraignante pour les contreparties, cependant elles doivent utiliser TARGET dans leur opérations, non pas parce l'Eurosystème l'impose (sauf pour celles de politique monétaire) mais parce qu'elles ont intérêt à le faire, à la différence des instruments SEPA qui sont coûteux à mettre en place et que personne n'oblige les banques à utiliser et surtout pas leurs clients.

¹²³⁵ Communication de la Commission du 11 janvier 2012 COM(2011) 941 final, Livre Vert Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile.

¹²³⁶ SARAZIN C., « Migration SEPA, A l'aube d'une nouvelle décennie pour les cartes en Europe », *Revue Banque*, Janvier 2011 n°732, pp. 30-32, ici p. 30.

Conclusion du Chapitre 1

« *Bien que le SEPA repose essentiellement sur les forces du marché, certaines incertitudes ne peuvent être levées qu'avec l'aide des pouvoirs publics* »¹²³⁷. Ce constat de la Commission est une illustration parfaite des apories d'une approche vue uniquement par le réseau. Au contraire, le réseau se doit de disposer d'autorités publiques de référence. Il n'en reste pas moins qu'un réseau existe et qu'il se matérialise par le système TARGET. Le réseau regroupe alors la BCE et les BCN – l'Eurosystème donc – et les contreparties. La présence de ces autorités est indispensable au fonctionnement du réseau, du marché monétaire. C'est elles qui le construisent et le façonnent avec la participation active et indispensable des acteurs de ce marché. Pour remplir leur rôle, ces autorités se doivent d'être compétentes, dans tout les sens du terme. Elles doivent avoir la compétence juridique pour agir dans ce domaine, mais aussi la compétence matérielle pour mener à bien leurs actions. Or, l'Eurosystème dispose des deux et la place prise par la BCE sur la scène internationale confirme son savoir-faire unique en la matière. La proximité induite par le réseau permet une meilleure efficacité de l'action de l'Eurosystème, lui permettant ainsi d'user d'une normativité renouvelée. Mais, l'exemple du SEPA, nous a montré qu'il était toujours indispensable d'user de la contrainte. C'est un subtil équilibre des deux qui est nécessaire.

Le réseau est-il extensible ? La question se pose aujourd'hui avec la possibilité pour le FESF ou le MES de devenir une contrepartie. La BCE y a répondu de manière claire : « *l'article 123 du TFUE ne permet pas au MES de devenir une contrepartie de l'Eurosystème au titre de l'article 18 des statuts du SEBC* »¹²³⁸. La notion de contrepartie permet, en effet, de participer aux opérations de politique monétaire par lesquelles l'Eurosystème fournit des liquidités aux contreparties. La BCE pourrait alors financer – certes indirectement – les Etats. Une telle décision aurait aussi pour conséquence de changer de nature les opérations de politique monétaire qui forment aujourd'hui un cadre, normatif et pratique, cohérent.

¹²³⁷ Communication de la Commission du 10 septembre 2009, Achèvement du SEPA : feuille de route 2009-2012, précité, p. 3.

¹²³⁸ Avis de la BCE du 17 mars 2011 sur un projet de décision du Conseil européen modifiant l'article 136 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro (CON/2011/24), JO n° C 140 du 11.5.2010 p. 8., §9. Cette conclusion a été confirmée par le président Draghi lors de sa conférence de presse du 2 août 2012.

Chapitre 2 : La spécificité du pouvoir normatif de l'Eurosystème.

57 Les notions de compétence et de pouvoir sont intimement liées¹²³⁹. La compétence confère un pouvoir¹²⁴⁰. Le chapitre précédent a démontré que l'Eurosystème détient une compétence quasi exclusive dans le domaine monétaire. Il faut à présent rechercher quels sont les pouvoirs attachés à l'exercice de cette compétence. L'étude d'un pouvoir induit classiquement plusieurs questions : celle de son titulaire et celle de sa nature.

58 Définir le pouvoir de l'Eurosystème renvoie aussi au détenteur du pouvoir, à savoir la BCE ou le système dans son ensemble. La réponse oscille entre les deux. L'auteur des actes est bien la BCE. C'est à elle que le traité confère ce pouvoir¹²⁴¹, c'est en son nom qu'ils sont publiés et signés¹²⁴². Pour l'adoption de l'acte, c'est au conseil des gouverneurs qu'il est confié, conformément à l'article 17 paragraphe 1 du règlement intérieur de la BCE. Or ce dernier représente l'Eurosystème dans son ensemble. Rares sont les actes qui ne concernent que la BCE¹²⁴³. La majorité d'entre eux touchent au fonctionnement de l'ensemble du système. Ainsi, bien que formellement rattachés à la BCE, les actes touchent l'ensemble des composantes de l'Eurosystème qui ont toutes une part de responsabilité dans leur adoption.

59 La lecture des Statuts permet de distinguer deux pouvoirs : un pouvoir normatif et un pouvoir d'action. Une telle présentation oblige à cerner la notion de normativité. Une définition classique lie normativité et sanction : un acte est normatif lorsqu'il est assorti de sanctions ou intégré dans un système assurant cette fonction¹²⁴⁴. Or, une appréhension

¹²³⁹ Ainsi pour V. Constantinesco : « les deux notions {compétence et pouvoir} entretiennent entre elles de véritables rapports dialectiques, à tel point qu'on les imagine mal l'une sans l'autre. Cela tient sans doute à ce que chacune des notions est en réalité une condition d'existence, ou plutôt d'effectivité de l'autre : elles sont unies par des rapports de nécessité et de complémentarité. En effet, si on désigne dans une première approche par le terme de pouvoir la mise en œuvre matérielle de la compétence, on perçoit la relation qui unit l'un au terme de compétence : une compétence sans pouvoir est inefficace, un pouvoir se développant en dehors, ou en l'absence d'une compétence est illégal, à moins qu'il ne s'agisse du pouvoir originnaire. » CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'étude juridique de la nature des Communautés*, LGDJ, Paris, 1974, 492p., ici pp. 82-83.

¹²⁴⁰ Comme le dit A. Bouveresse : « la compétence doit être comprise comme consentant à une autorité le pouvoir d'adopter certains actes ou certains comportements. La distinction peut paraître ténue, mais elle reste essentielle pour rendre compte du mécanisme décisionnel au sein de l'Union européenne. La répartition des compétences (exclusives, partagées, retenues) ne se confond pas avec les répartitions des pouvoirs (normatifs, juridictionnels). », BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 657p., ici pp. 5-6.

¹²⁴¹ Voir l'article 132 du TFUE.

¹²⁴² Ils sont signés en son nom par le président, conformément à l'article 17 du Règlement intérieur de la BCE.

¹²⁴³ Voir par exemple le statut du personnel de la BCE, décision de la BCE du 9 juin 1998 relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la BCE, précité.

¹²⁴⁴ Pour H. Kelsen, « Les ordres sociaux considérés comme des ordres juridiques sont des ordres de contrainte de la conduite humaine. Ils prescrivent certaines conduites humaines en attachant aux conduites opposées des actes de contrainte qui sont dirigés contre ceux qui les adopteraient (ou contre leurs proches). En d'autres termes, ils donnent à certains individus pouvoir de diriger contre d'autres individus, à titre de sanction, des actes de contrainte. », KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Einsenmann C., 2^{ème} Ed., LGDJ, Paris, 1999, 367p., ici p. 41.

moderne du droit rejette ce lien et constate qu'il conduit à une mauvaise appréhension du phénomène juridique¹²⁴⁵. Au contraire, la normativité peut désigner la capacité d'un acte à influencer – modeler¹²⁴⁶ – le comportement des individus auxquels il s'adresse¹²⁴⁷. Prise ainsi, la normativité se détache du caractère obligatoire de l'acte¹²⁴⁸. Seul ce dernier sera intégré proprement dit dans un système assorti de sanction ou tout au moins permettra d'être invoqué devant un juge. Car au fond, c'est de cela qu'il s'agit, de la capacité d'un acte à se voir reconnaître une valeur par le juge. A côté de ces derniers, certains sans être invocables, ne doivent pas échapper au regard du juriste qui devra tenir compte de l'effet de cet acte sur ceux auxquels il s'adresse, de sa force normative¹²⁴⁹. En revanche, d'autres actes seront seulement indicatifs.

¹²⁴⁵ Ainsi pour H. L. A. Hart : « *Il est certain que toutes les règles de droit n'ordonnent pas aux gens de faire ou de ne pas faire* ». Il estime même que « *le modèle composé d'ordres appuyés de menace obscurcit davantage le phénomène juridique qu'il ne l'éclaire.* », HART H.L.A., *le concept de droit*, 2^{ème} Ed., traduit par M. van de Kerchove, Publication des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005, 344p., ici p. 45 et 68.

Pour une étude du rôle de la sanction dans la définition du droit – et son rejet – voir BECHILLON de D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, 302 p., pp. 59-89.

¹²⁴⁶ Selon A. Jeammaud : « *toute règle juridique constitue, en tant que telle, une référence (ou un modèle), voué à et permettant de déterminer comment des « choses » (des conduites mais aussi et plus souvent des situations, rapports, organisations, actes, voire choses matérielles, etc.) doivent être du point de l'ordre auquel la règle appartient* », JEAMMAUD A., « L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques » in KIRAT T. & SERVERIN E. (dir), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, Paris, 2000, pp. 219-231, ici p. 224 ; voir aussi, du même auteur, « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz* 1990, pp. 199-210).

¹²⁴⁷ Pour P. Amselek : « *Les normes juridiques (...) utilisent sans exclusive les trois degrés extrêmes de l'obligation de faire ou de ne pas faire (sans, au demeurant, que les obligations fixées soient systématiquement et inmanquablement accompagnées de sanctions), mais aussi le degré intermédiaire de la permission ou du droit de ne pas faire.* » (AMSELEK P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » in THIBERGE C. (dir), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 3-11 ici p. 6).

Sur cette opposition entre deux approches de la normativité, voir l'exposé très clair fait par S. Gerry-Vernieres dans sa thèse (GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes)*, Thèse dactylographiée, Université Paris II Panthéon-Assas, 2010, 599p) p. 125 à 138. Voir aussi HACHEZ I., « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *RIEJ*, 2010 n°65, pp. 1-63, notamment pp. 18-20.

En droit international, voir WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47, pour qui « *La variété des actes accomplis par les sujets de droit international est telle que le juriste a du mal à déterminer ce que l'on pourrait appeler le seuil de normativité, c'est-à-dire le point de passage du non-juridique au juridique, de ce qui n'est pas la norme à ce qui est la norme* » (p. 9).

¹²⁴⁸ Pour une variation autour de cette distinction, voir GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » in THIBERGE C. (dir), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 199-210.

¹²⁴⁹ C. Thiberge parle de « force normative » et distingue trois pôles de cette dernière :

- la « *valeur normative, c'est-à-dire (...) la force conférée à la norme par son émetteur* » lié à « *sa place dans la hiérarchie des normes, la nature de l'instrument qui la porte, la formulation de son énoncé, l'intention qui a présidé à son élaboration, la régularité de son élaboration, la légitimité de son contenu, etc.* » ;
- la « *portée normative, c'est-à-dire la forme de la norme perçue, ressentie, vécue et conférée par ses destinataires* » ;
- la « *garantie normative* » à savoir « *la garantie du respect et de la validité de la norme (offerte) par le système juridique. Cette garantie est constituée d'une série d'attributs attachés à la norme : assortie de contrainte, sanctionnable, contestable, mobilisable par le juge – d'office ? au fondement de sa*

Cette vision permet de mettre à jour de nouvelles facettes du phénomène juridique, caractérisé par certains comme post-moderne¹²⁵⁰ alors qu'une telle réalité était déjà présente mais obscurcie par une appréhension dogmatique et restrictive du phénomène juridique¹²⁵¹. C'est cette seconde définition de la normativité qui sera retenue ici. L'analyse suivie par F. Hayek et visant à opposer « *règles de conduite* » et « *règles d'organisation* »¹²⁵² est ici révélatrice. Pour l'auteur, l'ordre spontané du marché nécessite une intervention de l'Etat. Ce dernier est censé garantir le fonctionnement du marché par le biais des règles de conduite et notamment les règles du droit pénal et du droit privé. Les règles d'organisation sont des règles développées par les États lorsque ces derniers décident d'agir par eux-mêmes¹²⁵³. Les règles

2

décision ? au soutien de sa motivation ?-, opposable, invocable par les justiciables, qui peuvent s'en prévaloir en justice. ».

(THIBERGE C., « Le concept de "force normative" » in THIBERGE C. (dir), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, p. 813-846 ici pp. 822-823)

¹²⁵⁰ Le terme est beaucoup utilisé par J. Chevallier. Voir : CHEVALIER J., *L'État post-moderne*, 2^{ème} Ed., précité. et « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n°3, pp. 659-690. Dans ce dernier article, il oppose une modernité juridique fondée sur « *une rationalisation du processus de production du droit, confié à des organes spécialisés, aux compétences bien définies ; et surtout l'exécution des normes est garantie par l'intervention d'appareils de contrainte chargés de réprimer les manquements éventuels* » au sein de laquelle « *le droit se présente comme une totalité cohérente, un "ordre unitaire", c'est-à-dire un système de normes solidaires et hiérarchisées, reliées entre elles par des relations logiques et nécessaires ; cette systématisme lui confère clarté, simplicité, certitude, tous attributs qui seront considérés comme inhérents à tout droit.* » (p. 665). En revanche, le droit dit post-moderne « *s'efforce de prendre en compte la complexité du réel ; et en rompant avec une certaine dogmatique juridique, il entend faire preuve de pragmatisme. Le droit post-moderne entre ainsi de plein pied dans le monde de la complexité : complexité des mécanismes de production du droit : complexité des modalités d'articulation des normes juridiques. Mais le droit post-moderne est aussi caractérisé par la flexibilité : flexibilité du contenu des normes : flexibilité des processus d'adaptation.* » (p. 671). Ainsi « *le droit post-moderne s'oppose au droit moderne : à l'unité, il oppose en effet le pluralisme ; à la hiérarchie, la diversité ; à la contrainte, la régulation ; à la stabilité, l'adaptabilité.* » (p. 671-672, nous soulignons).

¹²⁵¹ L'idée de post-modernité évoquée par J. Chevallier peut faire croire que cohabiteraient deux types de droit là où en réalité il n'y en a qu'un, pluriel. Cependant, les évolutions qu'il désigne sous ce terme sont fondamentales et collent à la réalité du droit de l'Eurosystème. En revanche, beaucoup des techniques qu'utilise l'Eurosystème ne sont pas nouvelles et n'ont pas attendues la post-modernité. Soit alors ces techniques étaient en avance, ce qui est possible, le secteur monétaire ayant été l'un des premiers – dès la rupture du système de Bretton – Woods – à connaître la rupture entre modernité et post-modernité et notamment l'effritement de la souveraineté et les affres de la libéralisation (sur ce thème voir SOREL J.-M., « Les États face aux marchés financiers » in *Souveraineté étatique et marchés financiers à la fin du 20^{ème} siècle – Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 507-543). Soit le droit a toujours été multiple et seules les analyses qui en ont été faites ont été réductrices voire comme le dit Hart elles ont conduit à « *la déformation des différentes fonctions sociales que remplissent ces différents types de règles de droit* » (HART H.L.A., *le concept de droit*, 2^{ème} Ed, p. 57). La post-modernité aurait alors permis, selon G. Timsit, de comprendre que « *le droit s'incarne en deux corps – {qui} ont des caractéristiques fondamentalement opposées* » qui sont pour le premier « *abstrait, général et désincarné* » et pour le second « *concret, individualisé, contextualité* » (TIMSIT G., « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996 n°78, pp. 375-394, ici p. 376 et 377).

¹²⁵² HAYEK F.A., « Les principes d'un ordre social libéral » in *Essais de philosophie, de science politique et d'économie*, traduit par C. Piton, Les belles lettres, Paris, 2007, pp. 245-270. Voir aussi HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté – Tome 1 Règles et ordre*, PUF, Paris, 1985, 208 p., ici pp. 57-61.

¹²⁵³ « *Le caractère de ces règles de juste conduite universelles, que le libéralisme présuppose et souhaite améliorer autant que faire se peut, a été obscurci par une confusion avec cette autre branche du droit qui définit l'organisation de l'Etat et le guide dans l'administration des ressources mises à sa disposition. Une des caractéristiques de la société libérale est que l'individu ne peut être contraint d'obéir qu'aux règles du droit privé et du droit pénal. L'insinuation progressive du droit public dans le droit privé au cours des quatre-vingt ou cent dernières années, qui constitue un remplacement progressif des règles de conduites par des règles*

d'organisation n'ont pas pour destinataire premier les individus mais l'Etat, c'est en tant qu'organisant l'action directe de l'État sur le marché qu'elles vont atteindre les individus¹²⁵⁴. C'est ici l'un des points les plus problématiques des actes de l'Eurosystème. Peu d'entre eux ont pour destinataires directs les contreparties. Certains organisent l'action de l'Eurosystème sur le marché et, en tant que tel, rejaillissent sur ceux qui y opèrent. L'approche en termes d'actes est aussi trompeuse et ferait croire que les seuls moyens de l'action publique résultent dans l'adoption de textes. Or, la production textuelle de la BCE n'est qu'une partie accessoire de ses pouvoirs. Les Statuts lui donnent la capacité d'agir directement sur le marché monétaire par le biais d'opérations spécifiques. Or, autant que ces actes, cette action est normative. L'Eurosystème associe alors des actes obligatoires (section 1) et une action normative (section 2).

Section 1 - Le désordre des instruments obligatoires de l'Eurosystème

60 L'Eurosystème dispose d'un pouvoir normatif ; entendu ici au sens strict comme la capacité d'adopter des actes obligatoires. Leur identification paraît aisée à la lecture des articles 132 du TFUE et 34 des statuts. La rédaction des deux articles est quasiment identiques. D'après eux, « *la Banque centrale européenne (...) arrête des règlements (...), prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC (...), émet des recommandations et avis* ». Ces actes sont définis par l'article 288 du TFUE selon lequel : « *Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre. (...) La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci. Les recommandations et les avis ne lient pas* ». Seuls les deux premiers actes entrent dans le champ de l'étude des actes obligatoires. La réalité est plus complexe¹²⁵⁵. Tout d'abord, l'Eurosystème ne s'est pas contenté d'adopter les actes prévus à l'article 34 des Statuts relatifs aux « *Actes juridiques* ». Au contraire, preuve de son pouvoir discrétionnaire en la matière, il a aussi adopté des orientations et des décisions, présentées comme des actes internes au système.

La rédaction des Statuts évoque de nouveaux types d'actes, comme en témoignent les articles 12 paragraphe 1 selon lequel « *Le conseil des gouverneurs arrête les orientations et prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC* » et 14 paragraphe

2

d'organisation, est l'un des moyens principaux par lesquels la destruction de l'ordre libéral a été accomplie. », ibidem p. 258.

La pensée de F.A. Hayek est une idéologie. Il condamne l'apparition même des règles d'organisation. Sans reprendre sa conclusion, son raisonnement est ici particulièrement enrichissant.

¹²⁵⁴ « *les règles d'organisation du droit public déterminent directement une action concrète à la lumière de buts particuliers ou, plutôt, donnent à une autorité le pouvoir de le faire.* », *idem*, pp. 258-259.

¹²⁵⁵ En cela, l'Eurosystème ne fait pas exception, l'Union connaissant un désordre normatif auquel le Pr. Oberdorf conclut qu'il est délicat de remédier (OBERDORFF H., « *Ordre et désordre normatifs dans l'Union européenne* », *RDP*, 2006, n° 1, pp. 113-127).

3 que « *Les Banques centrales nationales (...) agissent conformément aux orientations et instructions de la BCE* ». L'Eurosystème s'est servi de ce flou du traité pour créer deux nouvelles catégories d'actes : les « orientations » et les « instructions ». Une lecture alternative aurait pourtant été possible. Dans le vocabulaire du droit de l'Union européenne, ces notions ne sont pas rattachées à des actes préexistants. Néanmoins, évoquer les orientations à côté des décisions et préciser que le conseil des gouverneurs les arrête permet de justifier une telle lecture. *A contrario*, l'article 34 paragraphe 1 des Statuts, relatif aux « *Actes juridiques* » ne les mentionne pas et paraît exhaustif. La BCE justifie la création de ces actes au moyen d'une distinction faite entre son pouvoir réglementaire et celui d'adopter des « *instruments juridiques relatifs à la gestion interne de l'Eurosystème* »¹²⁵⁶. Cette dernière catégorie recouvre les orientations, les instructions et les « *décisions internes* »¹²⁵⁷. Pour la BCE, les deux premiers sont « *des instruments à caractère obligatoire* » qui « *font partie intégrante du droit communautaire* »¹²⁵⁸. Ces deux points sont fondamentaux. Le premier sera plus amplement développé dans la suite du raisonnement. Le second rappelle l'intégration de l'Eurosystème au sein de l'Union et ainsi les normes qu'il adopte appartiennent à l'ordre juridique communautaire¹²⁵⁹.

La dichotomie formulée par la BCE entre les actes relevant de son pouvoir réglementaire et ceux internes au système n'est pas satisfaisante, car elle n'explique pas en quoi ces derniers ne participent pas de l'exercice par la BCE de son pouvoir normatif. Certes, certains actes atypiques ont pour but la gestion interne d'une institution¹²⁶⁰. Cependant, l'Eurosystème n'est pas une institution mais un système complexe, nécessitant de la part de la BCE d'adopter des actes contraignants, au moins pour les BCN. Ainsi, il semble que tous les actes témoignent du pouvoir normatif de la BCE.

Il est délicat de construire l'opposition entre eux simplement sur leurs destinataires. D'ailleurs, la Cour ne s'est jamais estimée liée par la qualification officielle des actes¹²⁶¹. Elle se livre à une analyse de l'acte et lui confère ensuite divers effets juridiques, divers types d'invocabilité, confirmant ainsi la gradation entre les différents types d'effets obligatoires des actes : envers les tiers, uniquement à l'intérieur du système ou opposable à son auteur par un tiers. La majorité des décisions et des règlements aura des destinataires externes au système, alors que les instructions et les orientations n'auront souvent pour destinataires que les BCN. Néanmoins, rien n'interdit à la BCE d'adopter une décision ou un règlement à destination d'une ou plusieurs BCN et surtout, en pratique, les orientations de la BCE ne se contentent pas d'avoir des effets externes. La question de la possibilité pour les particuliers de se

¹²⁵⁶ BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », *Bulletin mensuel de la BCE*, Novembre 1999, pp. 53-59, ici p. 57

¹²⁵⁷ *Idem*, p. 58.

¹²⁵⁸ *Idem*, p.57.

¹²⁵⁹ Voir LOUIS J.-V., « The economic and monetary Union: law and institutions », *CMLR*, 2004, pp. 575-608 ici p. 588.

¹²⁶⁰ Voir LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 552 p., ici p. 165.

¹²⁶¹ Voir KOVAR R., « L'identification des actes normatifs en droit communautaire » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 387- 422.

prévaloir des orientations se pose ouvertement. Pour ces raisons, nous privilégierons une opposition simple entre les actes « prévus par la nomenclature » (§1) et les actes « spécifiques » à l'Eurosystème¹²⁶² (§2).

§.1 - Les actes de l'Eurosystème prévus par la nomenclature

La liste des actes que l'Eurosystème peut adopter, dressée par l'article 132 du TFUE, permet de faire une distinction entre deux types d'actes : d'une part, les règlements et les décisions de nature obligatoire et, d'autre part, les recommandations et avis dépourvus de cette caractéristique. La version des dispositions monétaires avant le traité de Lisbonne était plus spécifique sur ce point. L'ancien article 110 TCE, dont l'actuel article 132 est issu, ne se contentait pas de cataloguer ces actes mais les définissait aussi, dans des termes identiques à ceux de l'article 249 TCE. Une telle rédaction semait le doute sur l'identité des actes de l'Eurosystème et ceux de la Communauté.

La rédaction actuelle est largement plus satisfaisante. Les dispositions monétaires ne font qu'énumérer les actes qui seront ensuite définis par l'article 288 TFUE, ex 249 TCE, relatif au « *Actes juridiques de l'Union* »¹²⁶³, confirmant ainsi l'appartenance des premiers à cette catégorie. La définition donnée par l'article 288 confirme la distinction à faire entre règlement

¹²⁶² La doctrine oppose fréquemment les actes typiques des actes atypiques (voir notamment LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, précité et DERO-BUGNY D., « Actes atypiques », *Juris-Classeur Europe Traité*, Fasc. 194). Pour eux, les actes atypiques sont « *les actes juridiques communautaires se distinguant par leurs caractéristiques des actes de la nomenclature* » (LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, précité P. 17). Dans cette optique, les actes de l'Eurosystème pourraient rentrer dans cette catégorie. Néanmoins, la définition des actes atypiques est assez variable et aucune des études précitées ne prend position, voire n'aborde, les actes propres à l'Eurosystème. D. Simon les définit comme « *les actes unilatéraux "hors nomenclature" pris par les institutions, les actes "conventionnels" procédant de l'accord entre les institutions, et les actes particuliers introduits dans les "piliers" non communautaires du traité sur l'Union* » (SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 335). A l'évidence, les actes de l'Eurosystème ne correspondent pas aux deux dernières catégories. Ils n'appartiennent pas non plus à la première, leur reconnaître une nature unilatérale serait trompeuse : ils sont adoptés par la BCE à l'intention des BCN. La nature spécifique de l'Eurosystème impose d'y voir alors des actes internes mais leur caractère unilatéral et notamment leur capacité à créer des droits pour les particuliers pose question. G. Isaac et M. Blanquet voient dans les actes atypiques des actes reprenant la nomenclature du traité mais « *de manière abusive, car ils n'ont ni la nature, ni les effets des actes présentés à l'article 288 et ne sont pas soumis au même régime d'édition* » (ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, précité, p. 327). Les actes de l'Eurosystème jouissent d'une dénomination propre et ne sauraient relever de cette catégorie.

La littérature spécialisée sur l'Eurosystème reprend l'opposition entre les actes appartenant à la nomenclature et les « *actes internes du système* » (LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, p. 208). J.-V. Louis aborde un par un les actes appartenant à la nomenclature puis dans une section à part les actes internes. F. Martucci lui oppose les « *actes juridiques* » adoptés par la BCE et les « *instruments juridiques de l'Eurosystème* » (MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation* », respectivement §41 et § 104). Nous reprendrons alors cette opposition, centrée autour de l'appartenance à la nomenclature de l'article 288 TFUE, ou non. Les études menées sur les actes atypiques – et notamment celle de M. Lefevre – seront utiles notamment dans leur méthodologie d'identification de ces actes.

¹²⁶³ Il s'agit du titre de la section à laquelle l'article 288 appartient.

et décision qui sont obligatoires dans tous leurs éléments¹²⁶⁴ et les recommandations et avis qui « *ne lient pas* »¹²⁶⁵. Pour cette raison, uniquement les premiers, qui sont les seuls à être normatifs, seront étudiés ici. Ainsi les règlements seront abordés en premier lieu (A). Les décisions posent plus de problèmes car leur normativité est incertaine d'un point de vue théorique et l'utilisation que la BCE fait de cet instrument pose des problèmes pratiques (B).

A. *Les règlements adoptés par l'Eurosystème*

Le règlement a été amplement étudié par la doctrine¹²⁶⁶. L'intervention de l'Eurosystème s'inscrit dans la tradition de son usage dans l'Union. Un premier constat s'impose : celui de l'utilisation limitée par l'Eurosystème de son pouvoir d'adopter des règlements. Entre 1999 et 2011, il en a adopté environ vingt cinq contre plus de cent trente décisions et quatre vingt dix orientations¹²⁶⁷.

C'est en premier lieu le fruit de la limitation des domaines dans lesquels ce pouvoir réglementaire peut être exercé. A l'image du triangle institutionnel, ce pouvoir est limité par le « *principe d'attribution* »¹²⁶⁸. L'article 132 paragraphe 1 TFUE¹²⁶⁹ limite cette intervention « *dans la mesure nécessaire à l'accomplissement mission définies à l'article 3.1, premier tiret, aux articles 19.1, 22 ou 25.2 des statuts du SEBC et de la BCE* », à savoir la définition et la mise en œuvre de la politique monétaire, les réserves obligatoires, les systèmes de compensation et de paiement et le contrôle prudentiel, dans l'hypothèse où le Conseil lui aurait délégué des pouvoirs dans ce dernier cas¹²⁷⁰. La première partie de la phrase doit être envisagée comme un rappel du principe de proportionnalité qui s'applique dans tous les cas d'intervention normative de l'Union¹²⁷¹.

Le nombre réduit de règlements témoigne aussi de la volonté de la BCE d'imposer le minimum de contraintes directes sur les contreparties et de privilégier des modes de régulation plus souples. Ainsi, un dépouillement plus attentif des règlements adoptés par la BCE – excluant ceux modificatifs – permet d'identifier quatre règlements principaux : celui

¹²⁶⁴ Nous reprenons ici les termes de l'article 288 TFUE alinéa 2 et alinéa 4 qui précisent respectivement que « *Le règlement (...) est obligatoire dans tous ses éléments* » et que « *La décision est obligatoire dans tous ses éléments* ».

¹²⁶⁵ Art. 288 alinéa 5 TFUE.

¹²⁶⁶ Voir MORAND C.-A., *La législation dans les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1968, 310 p. ; LOUIS J.-V., *Le règlement de la Communauté économique européenne*, précité, du même auteur : « Les actes des institutions » in *Commentaire Mégret 10 : La Cour de Justice, les actes des institutions*, 2^{ème} Ed., Editions Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1992, p. 477-535 et plus précisément p. 486-500.

¹²⁶⁷ Le dénombrement s'est fait à partir des données fournies par le site www.eur-lex.eu. Seules les décisions publiées ont été comptabilisées. Les actes abrogatifs et modificatifs l'ont été aussi.

¹²⁶⁸ LOUIS J.-V., *Le règlement de la Communauté économique européenne*, précité, pp. 51-70. L'auteur estime dans une formule concise que « *Fondement, cadre et limite de l'activité réglementaire, le traité en conditionnel l'exercice* » (p. 72).

¹²⁶⁹ Repris par l'article 34 des Statuts.

¹²⁷⁰ Voir LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », *CMLR*, 1998 n° 35, pp. 33-76 plus précisément p. 59.

¹²⁷¹ Voir art. 5 §4 TUE : « *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.* » voir LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », précité, p. 60.

relatif à l'application des réserves obligatoires¹²⁷², celui relatif au bilan consolidé du secteur des institutions financières¹²⁷³, celui relatif aux statistiques sur les taux d'intérêt¹²⁷⁴ et enfin celui relatif à l'imposition de sanctions par la BCE¹²⁷⁵. Leurs caractéristiques communes sont d'imposer aux contreparties des obligations précises – pour les trois premiers – pouvant être sanctionnées par la BCE, par le biais du dernier. La BCE ne peut imposer des sanctions qu'en cas d'infraction. Cette notion a été définie de manière étroite par le Conseil dans son règlement encadrant les pouvoirs de sanction de la BCE¹²⁷⁶. Une infraction se définit comme « *le non-respect par une entreprise d'une obligation découlant d'un règlement ou d'une décision de la BCE* »¹²⁷⁷. C'est alors dans ce type d'actes que seront concentrées les obligations que la BCE souhaite imposer¹²⁷⁸.

La BCE fait une utilisation classique du règlement. C'est le seul acte de l'Union capable de créer directement des obligations dans le chef des particuliers. Cette caractéristique ressort de la définition qu'en donne l'article 288 TFUE selon lequel « *Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre.* ». Cette définition vaut pour les règlements de la BCE. Les dispositions spécifiques à ses actes n'en donnant plus de définition, il faut se reporter à la définition officielle¹²⁷⁹. La jurisprudence de la Cour de justice est venue confirmer ces caractéristiques.

¹²⁷² Règlement 2818/98/CE de la Banque centrale européenne du 1er décembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/1998/15) JO n° L 356 du 30.12.1998, pp. 1-6; remplacé par le règlement 1745/2003/CE de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

¹²⁷³ Règlement 2819/98/CE de la BCE du 1er décembre 1998 concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (BCE/1998/16), JO n° L 356 du 30.12.1998, p. 7-40; remplacé par le règlement 2423/2001/CE de la BCE du 22 novembre 2001 concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (BCE/2001/13), précité; remplacé par le règlement 25/2009/CE de la BCE du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (Refonte) (BCE/2008/32), précité.

¹²⁷⁴ Règlement 63/2002/CE de la BCE du 20 décembre 2001 concernant les statistiques sur les taux d'intérêt appliqués par les institutions financières monétaires aux dépôts et crédits vis-à-vis des ménages et des sociétés non financières, précité.

¹²⁷⁵ Règlement 2157/1999/CE de la BCE, du 23 septembre 1999, concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions (BCE/1999/4), JO n° L 264 du 12.10.1999, pp. 21-26.

¹²⁷⁶ Voir supra, Titre 1 Chapitre 1.

¹²⁷⁷ Art. 1 §4 du règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions, précité.

¹²⁷⁸ Ainsi l'article 1 du règlement relatif aux réserves obligatoires pose une « *obligation pour les établissements de constituer des réserves obligatoires* », règlement 1745/2003/CE de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

Les deux règlements statistiques imposent tous les deux une « *obligation de déclaration statistique* »¹²⁷⁸. Les déclarations doivent contenir des informations précises détaillées dans des annexes de quasiment trente pages pour le premier et vingt pour le second, article 4 du règlement 25/2009/CE de la BCE du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (Refonte) (BCE/2008/32), précité, et article 3 du règlement 25/2009/CE de la BCE du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (Refonte) (BCE/2008/32), précité.

¹²⁷⁹ Même lorsque l'article 110 TCE donnait une définition propre au règlement de la BCE – dans des termes identiques que les règlements de l'article 249 TCE – cette solution était valable, du fait de l'identité des définitions. C'est ce que confirmait R. Smits : « *ECB regulation, which has the same applicability as an EC regulation* », SMITS R., « *Law of the Economic and Monetary Union* », précité, p. 384.

Ainsi, le règlement confère des droits aux particuliers dont ceux-ci peuvent se prévaloir devant les juridictions nationales et cela même sans mesure de réception prises par l'État membre¹²⁸⁰. La Cour résume ainsi les caractéristiques du règlement : « *en raison de sa nature même et de sa fonction dans le système des sources du droit communautaire, il {le règlement} produit des effets immédiats et est, comme tel, apte à conférer aux particuliers des droits que les juridictions nationales ont l'obligation de protéger* »¹²⁸¹. Ils ont évidemment la capacité de faire naître des obligations dans le chef des particuliers et c'est en tant que tel que la BCE s'en sert. J.-V. Louis n'a pas hésité à qualifier ces règlements d' « *actes législatifs au sens matériel* »¹²⁸².

Pour expliquer cette faible utilisation, J.-V. Louis parle d'une « *fuite* »¹²⁸³ devant le règlement et s'appuie sur deux arguments. Le premier tient à « *la légitimité démocratique insuffisante de la BCE* »¹²⁸⁴. Les règlements qui viennent d'être cités sont intervenus dans des matières auparavant balisées par le Conseil. La BCE intervenait ainsi de manière secondaire. Or, en matière de systèmes de paiement où elle est compétente pour adopter des règlements¹²⁸⁵, la BCE n'est pas intervenue. Cette timidité est imputable à l'absence de décision préalable du Conseil¹²⁸⁶. Ensuite, la volonté des BCN de garder une part de leur marge de manœuvre dans leur rôle d'exécution du droit de l'Eurosystème explique le peu de règlements et le recours privilégié aux orientations¹²⁸⁷. Cette explication permet de mieux comprendre pourquoi l'Eurosystème a concentré la production de règlements sur les points cruciaux de son activité normative et préfère – dans les autres domaines – des instruments plus souples, d'ailleurs parfois plus efficaces¹²⁸⁸. Si l'utilisation du règlement est conforme à sa destination, celle faite de la décision est plus floue.

¹²⁸⁰ Voir, CJCE, 7 février 1973, aff. 39/72, Commission c. Italie, Rec. 1973 p. 101.

¹²⁸¹ La formule date de l'arrêt CJCE, 15 décembre 1971, aff. 43/71, *Politi*, §9, Rec. 1971 p. 1039 et se retrouve dans de nombreux autres depuis. La jurisprudence peut parfois être plus complexe que cela, voir KOVAR R., « "Le règlement est directement applicable dans tout État membre" : certes mais encore » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, p. 355-372.

¹²⁸² LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 201.

Voir pour une analyse convergente GUILLOUD L., *La loi dans l'Union européenne – Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, précité L'auteur précise qu'il n'est pas possible de faire de distinction entre les actes adoptés sur le fondement direct du traité et que tous ont donc un caractère législatif (p. 213 à 216). Ainsi « *dans la mesure où les actes adoptés par la Banque centrale européenne trouvent leur fondement direct dans les dispositions du traité, ils ont le même rang que les actes de base adoptés par les institutions européennes. Il est donc possible de les rattacher à l'exercice d'une compétence législative, même si cette compétence est délimitée dans son champ matériel* », p. 296.

¹²⁸³ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 204.

¹²⁸⁴ *Ibidem* Le même auteur précisait ailleurs « *In our opinion, one has to balance on the one hand, the legitimate preoccupation of not interfering with the normal democratic process, and on the other hand, the mandat which has been given by the Treaty and the Statute to the ECB* », LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », précité, p. 61.

¹²⁸⁵ D'après l'article 22 des Statuts.

¹²⁸⁶ LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », précité, p. 61.

¹²⁸⁷ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 204.

¹²⁸⁸ A propos de ce type de normes, G. Timsit estime que, « *Abstrait et désincarné, il ne répond plus aux exigences de la gestion des sociétés post-modernes. Trop complexes pour être gérées aussi généralement, abstraitement et pour ainsi dire, d'aussi loin, elles requièrent un autre droit – actuellement en formation – qui se*

B. Le désordre des décisions de l'Eurosystème

61 La BCE n'est pas obligée de publier les actes qu'elle adopte, ce qui est rarement le cas de ses décisions. Notre raisonnement se basera, évidemment, sur celles qui le sont. Elles sont nombreuses et diverses. Une classification s'avère plus délicate à faire ; surtout que la BCE en fait une utilisation « déviée »¹²⁸⁹, poussée en cela par les Statuts. La BCE est ainsi allée jusqu'à estimer qu'il existe une catégorie de « *décision internes ayant valeur normative à l'intérieur du système et qui traitent des questions liées à son organisation ou à son administration interne* »¹²⁹⁰.

Le pouvoir normatif du système étant régi par le principe d'attribution, il ne peut pas toujours choisir le type d'acte qu'il adopte et il ne peut encore moins créer une nouvelle catégorie d'actes là où il existe déjà des actes nommés¹²⁹¹. La réforme opérée par le traité de Lisbonne de la notion de décision va dans ce sens. En effet, à côté des décisions classiques prévues depuis le traité de Rome, il prévoit des décisions sans destinataire¹²⁹². Le régime juridique de ce type de décision reste à préciser. Avant de voir en quoi, jusqu'à Lisbonne, l'utilisation est déviante (2), il nous appartient de voir les différents types de décisions que prend la BCE (1).

1) Les différents types de décisions adoptées par la BCE

Le terme de décision est fréquemment employé par les Statuts. Ils évoquent aux articles 7 et 12 des « *organes de décision* », ils précisent que « *les décisions du conseil des gouverneurs sont prises à la majorité simple des membres* »¹²⁹³ ou que « *La décision de la BCE de saisir la Cour de justice de l'Union européenne est prise par le conseil des gouverneurs* »¹²⁹⁴. L'emploi du terme « décision » a ici une vocation générale et ne fait pas appel à l'acte défini par l'article 249 TCE ou 288 TFUE¹²⁹⁵. Cette situation a donné lieu à un abus de l'utilisation du terme « décision » par la BCE qui l'utilise pour des actes n'ayant rien à voir avec ceux

2

caractérise, au contraire, par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir. », TIMSIT G., « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », précité, p. 377. De même P. Amselek constate que « *à côté des commandements juridiques de type traditionnel, la recommandation juridique, c'est-à-dire la direction non autoritaire des conduites, est en voie de prendre une place de plus en plus importante* », AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, p. 275-294, ici p. 287.

¹²⁸⁹ Nous reprenons la formule de P.-Y. Monjal qui, dans sa thèse, évoque des actes déviés. MONJAL P.-Y., *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaire*, LGDJ, Paris, 2000, 629 p., voir plus précisément pp. 329-333.

¹²⁹⁰ BCE, « Les instruments juridiques de la BCE », précité, p. 58.

¹²⁹¹ D'ailleurs cette distinction n'est pas reprise par J.-V. Louis dans son étude des actes de l'Eurosystème, voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 205-206.

¹²⁹² « *La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci.* », art. 288 alinéa 4 TFUE.

¹²⁹³ Art. 10 des Statuts.

¹²⁹⁴ Art. 35 §5 des Statuts.

¹²⁹⁵ Les versions linguistiques diffèrent sur ce point : « *In German and Dutch, the term for 'decision' used in Article 34.1, second indent, indicates decisions of a certain legal form (i.e. legal acts addressed to certain specific persons) whereas, in English and French, no distinction is made between this form and the generic term used for describing the making up of one's mind. This may lead to confusion as to what exactly is meant* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 105.

définis par le TCE. Ces décisions concernent quatre grands thèmes : les dispositions financières, l'émission de pièces et billets, la vie interne de la BCE et du système, et les décisions liées à la gestion de la crise. Le dernier thème est plus flou.

Dans le chapitre relatif aux « *dispositions financières du SEBC* », les Statuts utilisent beaucoup le terme « décision »¹²⁹⁶. Cela a conduit la BCE à qualifier ainsi – et à publier sous ce nom – tous les actes en rapport avec les dispositions financières. La BCE a adopté, depuis 1998, plus de trente décisions sur ces thématiques. La première est venue préciser la méthode de détermination des parts de chaque BCN dans le capital de la BCE¹²⁹⁷. La base juridique prise pour l'adoption de cette décision est l'article 29 des Statuts qui précise, à son premier paragraphe, que « *La clé de répartition pour la souscription au capital de la BCE, fixée pour la première fois en 1998 lors de la mise en place du SEBC est déterminée en attribuant à chaque banque centrale nationale une pondération dans cette clé* » sans mentionner le mot de décision.

Le même article a servi de base juridique à beaucoup d'autres décisions¹²⁹⁸. La décision 2000/19 relative à la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres pour 1999 à 2001¹²⁹⁹ est prise sur le double fondement des articles 32 et 34 paragraphe 2 cinquième alinéa des statuts¹³⁰⁰. Le premier est relatif à la répartition du revenu monétaire des BCN et évoque la décision à son alinéa 5. La seconde base juridique précise que « *La BCE peut décider de publier ses décisions, recommandations et avis* ». Elle vient confirmer que, pour la BCE, les décisions prises en matière de dispositions financières équivalent à des décisions de l'article 288 TFUE¹³⁰¹. Enfin, les actes relatifs à l'augmentation du capital de la BCE ont été adoptés sous forme de décision, conformément à l'article 28 paragraphe 1 des Statuts précité¹³⁰².

¹²⁹⁶ « *Le capital de la BCE s'élève à 5 milliards d'euros. Le capital peut être augmenté, le cas échéant, par une décision du conseil des gouverneurs* » (article 28 §1) ; « *La somme des revenus monétaires des banques centrales nationales est répartie entre elles proportionnellement à leurs parts libérées dans le capital de la BCE, sous réserve de toute décision prise par le Conseil des gouverneurs* » (article 32 §5) ; « *Si la BCE enregistre une perte, celle-ci est couverte par le fond de réserve général de la BCE, et, si nécessaire, après décision du conseil des gouverneurs, par les revenus monétaires de l'exercice financier* » (article 33 §2) (nous soulignons).

¹²⁹⁷ Décision de la BCE du 9 juin 1998 concernant la méthode à appliquer pour déterminer les parts, exprimées en pourcentage, des Banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne (1999/331/CE) (BCE/1998/1), JO n° L 8 du 14.1.1999, pp. 31-32.

¹²⁹⁸ Pour se limiter à l'année 1998, on peut citer la décision de la BCE du 1^{er} décembre 1998 concernant les parts exprimées en pourcentage des banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne (BCE/1998/13), JO n° L 125 du 19.5.1999, pp. 33.

¹²⁹⁹ Décision de la Banque centrale européenne du 3 novembre 1998, modifiée par la décision du 14 décembre 2000, concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres participants et des pertes de la BCE relatives aux exercices 1999 à 2001 (2000/825/CE) (BCE/2000/19), JO n° L 336 du 30.12.2000, pp. 119-121.

¹³⁰⁰ Devenu depuis l'article 34 §2 des Statuts.

¹³⁰¹ L'une des dernières décisions de la BCE en date sur ce thème ne fait plus référence à l'article 34 §2 des Statuts. Voir, décision de la Banque centrale européenne du 25 novembre 2010 concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (2011/66/UE) (BCE/2010/23), JO n° L 35 du 9.2.2011, pp. 17-25.

¹³⁰² Voir par exemple, la décision de la Banque centrale européenne du 13 décembre 2010 concernant l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne (2011/20/UE) (BCE/2010/26), précité.

En matière d'émission de pièces et de billets, le même phénomène se retrouve. Le traité confère à la BCE des pouvoirs en la matière mais sans préciser qu'elle est habilitée à prendre des décisions. Pour autant, la BCE en a adopté dans ce domaine. Par exemple, la première décision relative aux valeurs unitaires, aux spécifications, à la reproduction à l'échange et au retrait des billets en euros¹³⁰³ a été prise sur le fondement de l'article 106 paragraphe 1 du TCE¹³⁰⁴ et de l'article 16 des Statuts, qui n'évoquent pas la notion de « décision ». Le premier confie à la BCE la compétence exclusive d'autoriser l'émission de billets et partage la compétence d'émission entre elle et les BCN. Le second reprend le contenu du premier en le précisant un peu. Cet article, aujourd'hui 128 paragraphe 1 TFUE, semble être la base juridique utilisée pour toutes les décisions relatives à l'émission de billets et l'article 128 paragraphe 2 – ex 106 paragraphe 2 TCE – pour l'émission des pièces en euro. La BCE prendra ainsi tous les ans une décision pour approuver le montant de l'émission des dernières¹³⁰⁵.

62 Enfin la BCE peut adopter des décisions relatives à son fonctionnement interne. Le cas le plus frappant est évidemment son règlement intérieur. Adopté et publié pour la première fois sous la forme d'un acte innommé¹³⁰⁶, il a ensuite été adopté sous forme de décision¹³⁰⁷. Ces textes ont été adoptés sur le fondement de l'article 12 paragraphe 3 des statuts qui précise que « *Le conseil des gouverneurs adopte un règlement intérieur déterminant l'organisation interne de la BCE et de ses organes de décision* ».

Cette base juridique a aussi servi à l'édiction, sous forme de décision du régime d'accès à ses documents¹³⁰⁸. Le règlement intérieur du directoire¹³⁰⁹ a été adopté – sous forme de décision – sur des bases juridiques assez curieuses, à savoir l'article 8 des Statuts selon lequel « *Le SEBC est dirigé par les organes de décision de la BCE* » et leur article 24 : « *Outre les opérations résultant de leurs missions, la BCE et les banques centrales nationales peuvent effectuer des opérations aux fins de leur infrastructure administrative ou au bénéfice de leur*

¹³⁰³ Décision de la Banque centrale européenne du 7 juillet 1998 concernant les valeurs unitaires, les spécifications, la reproduction, l'échange et le retrait des billets en euros (BCE/1998/6), JO n° L 8 du 14.1.1999, pp. 36-38.

¹³⁰⁴ Devenu article 128 §1 TFUE.

¹³⁰⁵ Voir décision de la Banque centrale européenne du 10 décembre 2009 relative à l'approbation du volume de l'émission de pièces en 2010 (2010/14/UE) (BCE/2009/25), JO n° L 7 du 12.1.2010, p. 21.

¹³⁰⁶ Règlement intérieur de la Banque centrale européenne, JO n° L 338 du 15/12/1998 pp. 28-33 voir aussi le règlement intérieur du Conseil général de la Banque centrale européenne, JO n° L 75 du 20.3.1999, pp. 36-39.

¹³⁰⁷ Il a été une première fois modifié par une décision (Décision de la Banque centrale européenne, du 7 octobre 1999, portant modification du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (BCE/1999/6), JO n° L 314 du 8.12.1999, pp. 32-33) puis un nouveau règlement a été adopté sous forme de décision, voir, décision de la Banque centrale européenne du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (BCE/2004/2), précité.

¹³⁰⁸ Décision de la Banque centrale européenne du 4 mars 2004 relative à l'accès du public aux documents de la Banque centrale européenne (2004/258/CE) (BCE/2004/3), précité. Elle est prise sur le fondement de l'article 12 §3 des Statuts.

¹³⁰⁹ Décision de la Banque centrale européenne, du 12 octobre 1999, concernant le règlement intérieur du directoire de la Banque centrale européenne (BCE/1999/7), JO n° L 314 du 8.12.1999, p. 34-35.

personnel ». Enfin, la BCE a aussi adopté sous forme de décision les conditions d'emploi de son personnel¹³¹⁰ mais aussi les règles de passation de ses marchés¹³¹¹.

Depuis quelques années, notamment sous l'effet de la crise financière, la BCE a pris un certain nombre de décisions concernant ses activités quotidiennes liées à la monnaie et aux systèmes de paiement. Sans en donner une liste exhaustive, on peut citer dans le domaine des systèmes de paiement la décision relative au système TARGET 2 BCE¹³¹² et – en lien avec la gestion de la crise financière – les décisions modifiant les règles relatives à l'éligibilité des garanties¹³¹³ ou celle relative au programme d'achat d'obligations sécurisées¹³¹⁴. Ces décisions récentes, encore plus que les précédentes, interrogent la pertinence de la qualification de tels actes. Celles-ci, telles qu'elles étaient définies par l'article 249 TCE, n'étaient pas censées être des règles générales mais au contraire individuelles ou au moins viser un certain nombre de destinataires déterminés. La réforme de Lisbonne permet d'intégrer ces errements dans la typologie officielle mais obscurcit la frontière entre règlement et décision.

2) Les décisions de la BCE, des actes « déviés »

Le paragraphe précédent dresse une typologie des décisions adoptées par la BCE ; mais s'agit-il vraiment de décisions ? Il importe de s'interroger sur la véritable nature des décisions adoptées par la BCE. De manière succincte, seuls quelques exemples – extraits des catégories dégagées précédemment – seront étudiés. Comme le dit le Professeur Mehdi : « *le terme décision, appréhendé dans son sens générique, est fréquemment utilisé pour désigner des actes dont il est habituellement admis en doctrine qu'ils ne correspondent pas à ceux évoqués à l'article 189, alinéa 4 {devenu 288 alinéa 4}* »¹³¹⁵. La BCE ne fait pas exception à cette règle, au point où il est rare de trouver des décisions au sens traditionnel du terme. Il s'agit là, dans la majorité des cas, de véritables actes atypiques dans le sens où l'entendent M. Blanquet

¹³¹⁰ Décision de la Banque centrale européenne, du 9 juin 1998, relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la Banque centrale européenne, précité ; prise sur le fondement des articles 36 §1 des statuts « *Le conseil des gouverneurs arrête, sur proposition du directoire, le régime applicable au personnel de la BCE.* » et 47 §2 cinquième tiret (devenu 46 §2 cinquième tiret) exigeant l'avis préalable du conseil général.

¹³¹¹ Décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), précité. Elle a été adoptée sur le fondement de l'article 11 §6 des Statuts selon lequel « *Le directoire est responsable de la gestion courante de la BCE* ».

¹³¹² Décision de la Banque centrale européenne du 24 juillet 2007 relative aux modalités de TARGET2-BCE (2007/601/CE) (BCE/2007/7), JO n° L 237 du 8.9.2007, pp. 71–107.

¹³¹³ Décision de la Banque centrale européenne du 14 novembre 2008 concernant l'application du règlement BCE/2008/11 du 23 octobre 2008 contenant des modifications temporaires aux règles applicables à l'éligibilité des garanties (2008/874/CE) (BCE/2008/15), JO n° L 309 du 20.11.2008, pp. 8-11 ou encore la décision de la Banque centrale européenne du 6 mai 2010 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement hellénique (2010/268/UE) (BCE/2010/3), JO n° L 117 du 11.5.2010, pp. 102-103.

¹³¹⁴ Décision de la Banque centrale européenne du 2 juillet 2009 relative à la mise en œuvre du programme d'achat d'obligations sécurisées (2009/522/CE) (BCE/2009/16), JO n° L 175 du 4.7.2009, pp. 18-19.

¹³¹⁵ MEHDI R., « *Décision* », *Répertoire Dalloz Droit communautaire*, §6.

et G. Isaac, à savoir « *des actes que les traités dénomment (...) "décisions", de manière abusive, car ils n'ont ni la nature, ni les effets des actes de l'article 249 TCE* »¹³¹⁶.

Une décision – telle que définie à l'article 249 TCE – se doit de poser des obligations précises à des destinataires déterminés et identifiés¹³¹⁷. La doctrine va alors faire une distinction entre deux types de décisions¹³¹⁸ : les décisions « *traditionnelles* »¹³¹⁹ et les décisions « *sui generis* »¹³²⁰, dites aussi « *décisions sans destinataires* »¹³²¹. Les secondes recouvrent en réalité plusieurs types d'actes ayant un but différent¹³²². Il faut faire la distinction, au sein des décisions prises par la BCE, entre les décisions traditionnelles et les décisions *sui generis*. D'ailleurs J.-V. Louis en a identifié certaines comme « *des décisions à portée générale (...) c'est-à-dire d'actes hors catégorie* »¹³²³. Au sein de la première catégorie, il sera alors nécessaire de se demander si ce sont réellement des décisions ou des règlements "déguisés". La portée actuelle de cette distinction est remise en question.

Le traité de Lisbonne est venu modifier la définition de la décision. Il opère une distinction entre des décisions indiquant un destinataire et celles n'en indiquant pas¹³²⁴. La différence entre ces décisions sans destinataire et les règlements semble mince. Il importe d'étudier la pratique que la BCE a fait des décisions avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne pour voir qu'elle était pour le moins hétérodoxe. Le traité de Lisbonne semble venir régulariser cette pratique. Quelque soit le type de décisions, aucune d'entre elles ne mentionne expressément son destinataire, même si certaines semblent en avoir un.

Parmi les décisions sans destinataire, beaucoup ont trait à l'organisation interne de la BCE, voire celle du système dans son ensemble. Elles recouvrent la notion de « *décisions internes* » au sens de la BCE. Tout organe ou institution de l'Union a une « *compétence d'organisation interne même sans texte* »¹³²⁵. Dans le cas de la BCE, le conseil des gouverneurs est habilité par l'article 12 paragraphe 3 des statuts à adopter un règlement intérieur pour la BCE. Mais

¹³¹⁶ ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} Ed, précité, p. 227.

¹³¹⁷ « *la décision "traditionnelle" CE ou CEEA (art. 249 {devenu 288 TFUE} et 161) se caractérise par le fait qu'elle est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne* », MONJAL P.-Y., *Recherche sur la hiérarchie des normes communautaires*, précité, p. 331.

¹³¹⁸ Le problème vient en partie du fait que la version française du traité n'utilise qu'un terme, celui de "décision". Au contraire, la version allemande fait la distinction entre les "Entscheidungen" pour les décisions traditionnelles et les "Beschlüsse" pour les autres. Voir sur cette distinction ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, précité, p. 228 ; MONJAL P.-Y., *Recherche sur la hiérarchie des normes communautaires*, précité, p. 331 et LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, précité, p. 198.

¹³¹⁹ *Ibidem*

¹³²⁰ Formule retenue par le Professeur Monjal dans sa thèse, *ibidem*

¹³²¹ ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, précité, p. 328.

¹³²² Sur cette distinction et les différents types de décisions *sui generis*, voir LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 154/155.

¹³²³ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 205.

¹³²⁴ Art. 288 TFUE : « *La décision est obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci* ».

¹³²⁵ LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 395.

au-delà, il semble exister une compétence implicite au profit des institutions¹³²⁶, consacrée par la Cour de Justice dans l'arrêt AZKO Chemie. Pour elle, « *La nécessité d'assurer la capacité de fonctionnement de l'organe de décision correspond à un principe inhérent à tout système institutionnel qui trouve plus particulièrement son expression dans l'article 16 du traité de fusion, aux termes duquel "la Commission fixe son règlement intérieur en vue d'assurer son fonctionnement et celui de ses services" »*¹³²⁷. Ce pouvoir lui permet à la fois d'adopter son règlement intérieur, mais aussi « *d'adopter des actes, ou d'inclure dans leur règlement intérieur des dispositions ayant trait à leur fonctionnement intérieur mais dont les effets dépassent le cadre de la sphère institutionnelle* »¹³²⁸. Pour la Cour de justice, il s'agit de l'expression du pouvoir « *d'organisation interne* » qui peuvent avoir des effets à l'égard des tiers. C'est dans le domaine de l'accès aux documents que la Cour a évoqué ce pouvoir¹³²⁹. Elle s'applique alors à la décision relative à l'accès aux documents de la BCE, déjà évoquée. Le règlement intérieur de la BCE ainsi que celui du conseil général constituent alors des décisions « *déviées* » selon la formule de P-Y Monjal. De même, certaines décisions en matière de dispositions financières auront aussi vocation à régir le système et son organisation interne. Ainsi la décision d'augmenter le capital est un acte atypique. Comme vu au paragraphe précédent, le traité impose de prendre une décision mais qui ne correspond en rien, dans le fond et dans la forme, à la définition traditionnelle des décisions, mais qui concorde parfaitement avec la nouvelle définition des décisions sans destinataire. Le corps de la décision se résume à un article précisant que « *Le capital de la BCE est augmenté de 5 milliards d'EUR* »¹³³⁰ et un second précisant la date d'entrée en vigueur. Elle n'a ni destinataire et ne crée pas d'obligations.

Certaines décisions relatives aux dispositions financières sont celles qui se rapprochent le plus des décisions traditionnelles. La décision du 13 décembre 2010 concernant la libération de l'augmentation du capital de la BCE¹³³¹ va ainsi venir poser des obligations précises aux BCN. Son article 1 paragraphe 1 précise le montant que chaque BCN devra verser, le second paragraphe les modalités du paiement et le dernier les dates auxquelles les versement devront être effectués. Ainsi, il est possible d'identifier indirectement les destinataires de la décision et leurs obligations. De la même manière, en matière d'émission monétaire, certaines

¹³²⁶ *Idem*, pp. 395-396.

¹³²⁷ CJCE, 23 septembre 1986, AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd c. Commission, précité, § 37.

¹³²⁸ LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 397.

¹³²⁹ CJCE, 30 avril 1996, Pays-Bas c. Conseil, C-58/94, Rec. 1996, p. I-02169. Voir notamment le §37 :

« *Il convient d'admettre que, tant que le législateur communautaire n'a pas adopté une réglementation générale sur le droit d'accès du public aux documents détenus par les institutions communautaires, celles-ci doivent prendre les mesures ayant pour objet le traitement de telles demandes en vertu de leur pouvoir d'organisation interne, lequel les habilite à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer leur fonctionnement interne dans l'intérêt d'une bonne administration.* »

¹³³⁰ Décision de la Banque centrale européenne du 13 décembre 2010 concernant l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne (BCE/2010/26), précité.

¹³³¹ Décision de la Banque centrale européenne du 13 décembre 2010 concernant la libération de l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (2011/21/UE) (BCE/2010/27), JO n° L 11 du 15.1.2011, pp. 54-55.

décisions de la BCE, sans être formellement adressées aux BCN, posent des obligations auxquelles ces dernières devront se conformer. C'est le cas de la décision – prise annuellement – précisant le montant des pièces qu'elles peuvent émettre. Les BCN sont chargées de l'émission des pièces, ce seront bien elles les destinataires. Ensuite, la décision leur impose un volume de pièces à émettre et crée ainsi une obligation. De même, la décision de la BCE de 2001 relative à l'émission des billets en euros¹³³² s'adresse directement aux BCN et leur impose des obligations¹³³³.

Enfin, certaines décisions sont délicates à classer. Elles ne rentrent dans aucune des deux catégories. Formellement adoptées sous la forme de décisions, elles n'en sont pas. La Cour de justice a précisé, dès les années soixante, la perméabilité entre la notion de règlement et la notion de décision. Elle ne s'est d'ailleurs jamais estimée liée par la qualification donnée par l'auteur de l'acte et apprécie la nature de ce dernier après l'étude de ses dispositions. Or, une étude des dispositions d'un grand nombre de décisions de la BCE, démontre une utilisation abusive de cette qualification de décision.

La Cour a ainsi estimé que : « *le critère de la distinction doit être recherché dans la "portée" générale ou non de l'acte en question ; que les traits essentiels de la décision résultent de la limitation des "destinataires" auxquels elle s'adresse, alors que le règlement, de caractère essentiellement normatif, est applicable non à des destinataires limités ou identifiables, mais à des catégories envisagées abstraitement et dans leur ensemble ; que, partant, pour les cas douteux si on se trouve en présence d'une décision ou d'un règlement, il faut rechercher si l'acte en question concerne individuellement des sujets déterminés* »¹³³⁴. La Cour pose deux critères à partir desquels la distinction sera faite : le caractère objectif de l'objet de l'acte et le nombre indéterminable de sujets auxquels il peut s'appliquer. Il est délicat de dire si ces critères sont cumulatifs ou alternatifs. La jurisprudence de la Cour n'offre aucune certitude sur ce point et la doctrine est hésitante¹³³⁵. R. Kovar estime même que « *Le test décisif tient à l'objet de l'acte. Selon qu'elle aura été prise pour régler des cas individuels ou, au contraire, des situations objectives, une mesure sera une décision ou un acte normatif* »¹³³⁶. Il est de toute manière délicat d'envisager l'un sans l'autre, l'objectivité de l'acte entraînant le plus

¹³³² Décision de la Banque centrale européenne du 6 décembre 2001 relative à l'émission des billets en euros (2001/913/CE) (BCE/2001/15), JO n° L 337 du 20.12.2001, pp. 52-54.

¹³³³ Ainsi l'article 2 §1 précise que « *Les BCN mettent en circulation et retirent de la circulation les billets en euro, et exécutent tout traitement physique concernant tous les billets en euro, y compris ceux émis par la BCE* ».

¹³³⁴ CJCE, 14 décembre 1962, Fédération nationale de la boucherie en gros, aff. 19 à 22/62, Rec. 1962 p. 942, attendu 2.

¹³³⁵ Ainsi, pour J.-V. Louis, cela évoque « *l'accent mis sur le caractère limité des destinataires pour définir la décision par rapport au règlement* » mais précise que « *l'accent s'était déplacé en quelque sorte de l'aspect externe de la généralité – l'importance des personnes en cause – vers l'aspect interne – objectivité et durée de la réglementation* », LOUIS J.-V., « Les actes des institutions », précité, p. 486.

¹³³⁶ L'auteur rajoute « *La manière dont sont désignés les sujets de droit qui seront touchés par un acte est une considération seconde. Elle n'est en rien décisive pour la détermination de la nature normative des actes communautaires* », KOVAR R., « L'identification des actes normatifs en droit communautaire » précité, p. 390. L'auteur précise, cela dit, se livrer à une « *réflexion hétérodoxe* », p. 389.

souvent l'indétermination des sujets auxquels il va s'appliquer¹³³⁷. Cette distinction reste indispensable même après la réforme du traité de Lisbonne, étant donné les différences entre le régime juridique de ces actes¹³³⁸. D'autre part, tant que la Cour de justice n'a pas réellement fait la distinction entre les règlements et les nouvelles décisions sans destinataire, il importe d'analyser la situation à l'aune de sa jurisprudence encore valable.

Au regard de cette jurisprudence, certaines décisions de la BCE prennent un tout autre visage. Ainsi, alors qu'à première vue la décision relative à la passation des marchés par la BCE semblerait se limiter à lui imposer des obligations, elle s'adresse à destinataires indéterminés définis objectivement. Par exemple, l'article 11 paragraphe 2 précise que « *Les soumissionnaires intéressés présentent leur offre dans les délais fixés par la BCE et y joignent toute la documentation requise par la BCE* ». A l'évidence, cette décision est en réalité un règlement. D'ailleurs, au sein de l'Union, les règles relatives aux passations de marchés par les institutions sont inscrites dans un règlement¹³³⁹ et les règles relatives aux marchés conclus par les États membres ont été harmonisées au moyen d'une directive¹³⁴⁰.

La même conclusion pourra être tirée de l'étude de certaines décisions relatives aux émissions monétaires¹³⁴¹. C'est la conclusion à laquelle arrive J.-V. Louis : « *La mise en œuvre de l'article 106 par. 1, TCE (article 16 des statuts) relatif au droit d'émission a donné lieu à l'adoption de plusieurs décisions sans destinataire qui sont de véritables règlements* »¹³⁴². Ainsi, la décision de 2003 relative aux valeurs unitaires, aux spécifications, à la reproduction, l'échange et le retrait des billets en euro pose, à certains articles, des obligations dont seules les BCN sont destinataires¹³⁴³. En revanche, lorsqu'elle précise les dimensions, la couleur et le thème des billets, la décision peut être analysée comme décrivant pour les BCN les détails avec lesquels elles devront assurer l'impression des billets. Il est possible de l'appréhender aussi comme posant une obligation objective, sans destinataire précis, quant aux billets en

¹³³⁷ C'est ce que précise la Cour lorsqu'elle estime que « *la nature réglementaire de l'acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer avec plus ou moins de précision le nombre ou même l'identité des sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte, en relation avec la finalité de ce dernier.* », CJCE, 16 avril 1970, Compagnie française commerciale et financière c. Commission, aff. 64/69, Rec. 1970 p. 221, §11. La même jurisprudence vaut pour la requalification d'une décision en règlement, voir CJCE, 14 juillet 1983, Spijker Kwasten c. Commission, aff. 231/82, Rec. 1983 p. 2559 qui reprend la formule précédente mot pour mot à la fin de son paragraphe 10.

¹³³⁸ Pour C. Blumann et L. Dubouis : « *Les intérêts de la distinction sont multiples et considérables car le régime juridique des deux actes présente des différences sensibles* », BLUMANN C. & DUBOUIIS L., *Droit institutionnel européen*, 4^{ème} Ed, précité, p. 553.

¹³³⁹ Voir le « Titre V : Passation de marché » du règlement 1605/2002/CE, Euratom du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, JO n° L 248 du 16.9.2002, pp. 1-48.

¹³⁴⁰ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO n° L 134 du 30.4.2004, p. 114-240.

¹³⁴¹ Décision de la Banque centrale européenne du 20 mars 2003 concernant les valeurs unitaires, les spécifications, la reproduction, l'échange et le retrait des billets en euros (2003/205/CE) (BCE/2003/4), précité.

¹³⁴² LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 205 note 218.

¹³⁴³ Voir par exemple l'article 3 relatif à la « *fixation du montant des frais d'échange de billets en euros mutilés ou endommagés* ».

euros et ainsi s'analyser comme un règlement. Cette solution prévaut pour l'article 2 paragraphe 2 selon lequel « *Sont considérées comme illicites les reproductions que le public pourrait confondre avec les billets en euro authentiques* ». La même conclusion s'impose pour un grand nombre d'actes relatifs à l'émission des billets¹³⁴⁴.

Enfin, les décisions les plus récentes – prises dans le contexte de la crise financière – relèvent quasiment toutes de cette catégorie. Ainsi, la BCE a adopté en 2008 le règlement BCE/2008/11 assouplissant les règles relatives à l'éligibilité des garanties¹³⁴⁵. Dans la foulée, elle a adopté une décision visant à « *l'application du règlement 2008/11* »¹³⁴⁶. Il n'y aurait rien à redire si cette décision visait à appliquer à certains destinataires précis les dispositions dudit règlement. Or, la décision s'apparente plus à un règlement d'application. Elle ne précise pas de destinataires précis et impose, à des catégories définies objectivement, des obligations nouvelles¹³⁴⁷. Plus floue est la qualification à donner aux trois décisions par lesquelles la BCE vient alléger les exigences relatives aux créances négociables émises par les gouvernements grecs, irlandais et portugais – lorsque ces États étaient soumis à une grande pression de la part des marchés financiers¹³⁴⁸. Elles viennent ouvertement déroger aux exigences posées par une orientation de la BCE, relative aux instruments et procédures de politique monétaire, à leur article premier. Ces décisions posent la question de la nature même des orientations. Or, certaines d'entre elles ont une véritable nature réglementaire, notamment l'orientation précitée. Y déroger ainsi exigerait alors un acte réglementaire. La même conclusion vaut pour la décision de juillet 2009 par laquelle la BCE met en place un programme d'achat

¹³⁴⁴ Voir la décision de la Banque centrale européenne du 21 juin 2011 relative aux procédures d'autorisation environnementale et d'autorisation de santé et de sécurité pour la production de billets en euros (2011/397/UE) (BCE/2011/8), JO n° L 176 du 5.7.2011, pp. 52-58. Celle-ci impose des obligations – environnementales – aux producteurs de billets en euros. Il s'agit clairement d'une situation définie objectivement, imposant alors la requalification de la décision en acte réglementaire. Pour un autre exemple voir, LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 206.

¹³⁴⁵ Règlement 1053/2008/CE de la Banque centrale européenne du 23 octobre 2008 contenant des modifications temporaires aux règles applicables à l'éligibilité des garanties (BCE/2008/11), JO n° L 282 du 25.10.2008, pp. 17-18.

¹³⁴⁶ Décision de la Banque centrale européenne du 14 novembre 2008 concernant l'application du règlement BCE/2008/11 du 23 octobre 2008 contenant des modifications temporaires aux règles applicables à l'éligibilité des garanties (2008/874/CE) (BCE/2008/15), précité.

¹³⁴⁷ Voir par exemple l'article 4 §1 selon lequel « *La contrepartie est tenue de notifier au débiteur que ce prêt syndiqué a été mobilisé aux fins de garantie, avant ou après la mobilisation de ce prêt* ».

¹³⁴⁸ Décision de la Banque centrale européenne du 6 mai 2010 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement hellénique (2010/268/UE) (BCE/2010/3), précité.

Décision de la Banque centrale européenne du 31 mars 2011 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement irlandais (2011/227/UE) (BCE/2011/4), JO n° L 94 du 8.4.2011, pp. 33-34.

Décision de la Banque centrale européenne du 7 juillet 2011 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement portugais (2011/410/UE) (BCE/2011/10), JO n° L 182 du 12.7.2011, pp. 31-32.

d'obligations sécurisées¹³⁴⁹. Mettant en place un nouveau type d'opérations que l'Eurosystème peut pratiquer, et ainsi n'identifiant pas de destinataires précis¹³⁵⁰.

63 Cette pratique peu orthodoxe de la BCE quant à la qualification de ses actes peut se comprendre à plusieurs égards. Tout d'abord, la compétence réglementaire de la BCE est limitée alors que celle d'adopter des décisions vaut pour tous les cas « *nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC* »¹³⁵¹. Ainsi l'émission des billets – prévue aux articles 128 TFUE et 16 des statuts – ne rentre pas dans ce domaine. La BCE n'avait pas d'autres choix que d'adopter des décisions. Une explication similaire pourrait être évoquée pour le choix d'adopter une décision en matière de passation de marché, l'organisation interne de la BCE étant exclue de son domaine réglementaire. Ensuite, l'Eurosystème est longtemps resté frileuse sur l'adoption de règlements. Aujourd'hui, cette frilosité atteint ses limites et a pour conséquence que « *le commentateur perd parfois son latin face à une telle "flexibilité" dans la classification des actes et dans les rapports qu'ils entretiennent* »¹³⁵². C'est bien évidemment le cas lorsqu'une décision vient déroger à une orientation... Ces actes spécifiques à l'Eurosystème sont particulièrement déroutants car ils n'appartiennent à aucune classification pré-ordonnée et ne semblent pas obéir à un schéma clair.

§.2 - Les actes « spécifiques » à l'Eurosystème

64 L'hypothèse de l'adoption par la BCE d'actes hors nomenclature ne semble pas avoir été envisagée par la doctrine dans un premier temps. Ainsi, lorsqu'il évoque « *les moyens juridiques* » du SEBC, R. Chemain n'envisage que les quatre types d'instruments énumérés par le traité¹³⁵³. J.-V. Louis évoque les instructions mais sans les décrire comme une nouvelle catégorie d'actes¹³⁵⁴. La doctrine a ensuite vu dans les orientations et les instructions des actes à part entière¹³⁵⁵. Cette seconde catégorie d'acte aurait pour avantage d'être moins formelle

¹³⁴⁹ Décision de la Banque centrale européenne du 2 juillet 2009 relative à la mise en œuvre du programme d'achat d'obligations sécurisées (2009/522/CE) (BCE/2009/16), précité.

¹³⁵⁰ Voir son article 3 qui définit abstraitement les contreparties éligibles pour ces opérations.

¹³⁵¹ Art. 34 §1 des Statuts.

¹³⁵² LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 205 note 218.

¹³⁵³ Voir, CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité pp. 389-390.

¹³⁵⁴ Voir, LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 294 et « Union économique et monétaire », précité, p. 69. Dans le premier article, l'auteur évoque « *les instructions que le directoire donne aux banques centrales nationales* » (p. 293). Dans le second article, il indique seulement que la BCE « *peut donner des instructions au BCN pour la mise en œuvre de la politique monétaire* » avant de citer l'article 14 paragraphe 3 des statuts.

¹³⁵⁵ Ainsi, pour R. Smits : « *The ECB's regulatory power may be distinguished from the power to issue guidelines {orientations}, with which the Governing Council is invested pursuant to Article 12.1, first paragraph, first sentence and second sentence, in fine, and from the power of the Executive Board to give instructions to the NCBs, in accordance with Article 12.1, second paragraph, second sentence, ESCB statute. These binding acts do not have legal effects on persons outside the System but clearly belong to the regulatory power of the ECB, as acts of an administrative legal nature are concerned which have effect outside the legal entity adopting them* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 103.

que les règlements ou décisions¹³⁵⁶. Ceci expliquerait l'engouement de l'Eurosystème pour les orientations.

Ces actes ne ressortent pas d'une base juridique claire des Statuts ou du traité ; ils ne sont pas évoqués par l'article 34 des Statuts relatifs aux Actes juridiques de la BCE. Les instructions et les orientations sont mentionnées aux articles 12, 14 et les orientations aux 31 et 32 des Statuts. Les deux derniers sont respectivement relatifs aux « *avoirs et réserves de change détenus par les banques centrales nationales* » et à la « *répartition du revenu monétaire* » de BCN. Dans le premier domaine, la BCE a effectivement adopté des orientations¹³⁵⁷ alors que dans le second, elle a privilégié les décisions¹³⁵⁸ comme l'y autorisait l'article 32 paragraphe 5 des Statuts.

Les instructions et orientations ont une base juridique commune, les articles 12 et 14 respectivement relatifs à la « *Responsabilité des organes de décision* » et aux « *Banques centrales nationales* ». Le premier permet au conseil des gouverneurs d'adopter des orientations pour exécuter la politique monétaire et au directoire de donner des instructions aux BCN pour mettre en œuvre lesdites orientations. L'article 14 impose aux BCN d'agir « *conformément aux orientations et aux instructions de la BCE* »¹³⁵⁹. Cette dernière base juridique a été déterminante dans la qualification donnée à ces actes. La BCE estime – à propos des orientations et des instructions – qu'elle « *peut aussi adopter des instruments juridiques relatifs à la gestion interne de l'Eurosystème et destinés à régir celui-ci sans avoir d'effets juridiques à l'égard des tiers* »¹³⁶⁰. Cette qualification a été reprise par la doctrine¹³⁶¹. Une telle appréhension de ces actes permet de saisir leur but. Ces instruments ont été

2

Voir aussi LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », précité, p. 55 : « *The true novelty of the Statute consists in it of other denominations. These are the famous "guidelines and instructions" of Article 14.3* ».

¹³⁵⁶ CRAIG P., « *EMU, European Central Bank, and Judicial review* » in BEAUMONT P. & WALKER N. (dir), *Legal Framework of the Single European Currency*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 1999, pp. 95-115 et plus précisément p. 98 : « *It should not, however, be thought that the ECB can only regulate formally through regulations or decisions. It is clear from Article 12 of the ESCB Statute that it can also operate through less formal measures. This Article provides that the Governing Council of the ECB shall adopt guidelines and take the decisions necessary as to ensure performance of the tasks entrusted to the ESCB under the Treaty and under the Statute* ».

¹³⁵⁷ Orientation de la BCE du 20 juin 2008 concernant la gestion des avoirs de réserve de change de la BCE par les banques centrales nationales et la documentation juridique requise pour les opérations portant sur ces avoirs (refonte) (BCE/2008/5), JO L n° 192 du 19.7.2008, pp. 63-83.

¹³⁵⁸ Décision de la BCE du 25 novembre 2010 concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (refonte) (BCE/2010/23), précité.

¹³⁵⁹ Art. 14 §3 des Statuts.

¹³⁶⁰ BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », précité.

¹³⁶¹ « *Les orientations et les instructions (...) constituent les instruments juridiques de la BCE destinés à régir les relations internes à l'Eurosystème* », MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation* », précité, § 104. « *both ECB Guidelines and ECB Instructions are, as a rule, legal instruments used only inside the ESCB* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 108.

J.-V. Louis les qualifie d' « *actes internes" au système* », LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 208.

introduits, selon la BCE, « *en raison de la structure particulière de l'Eurosystème* »¹³⁶². C'est effectivement la nature spécifique du système qui explique leur existence.

Réalisant un modèle d'intégration inédit entre l'échelon national et l'échelon de l'Union, l'Eurosystème avait besoin d'instruments spécifiques afin d'en assurer la gestion. Cependant ces actes dépassent souvent cet objectif et viennent encadrer les relations de l'Eurosystème avec les contreparties. Il convient cependant de les étudier plus en détail afin d'en comprendre la nature ; en commençant par les orientations (A) qui soulèvent plus de problèmes que les instructions (B).

A. *Les orientations : outils de coordination de l'Eurosystème.*

L'orientation « *intrigue, dérange, divise* » pour reprendre la formule célèbre du Professeur Kovar au sujet des directives dans un article s'interrogeant sur leur normativité¹³⁶³. A son image, s'interrogeant sur « *l'intensité normative des directives* », il nous appartient de rechercher celle des orientations. Les questions ne seront pas identiques, même si certaines se recouperont. La catégorie juridique des orientations n'est pas uniforme. Il est délicat d'en dresser une typologie, si ce n'est en creux. Toutes les orientations correspondent au schéma qui en est donné par la BCE et sont vouées à la gestion interne du système (1). En revanche, certaines dépassent cet objet et leur effet semble dépasser l'intérieur du système (2).

1) La normativité interne des orientations

Comme pour les décisions, il est impossible de faire une étude exhaustive des orientations adoptées par la BCE. Il en existe aujourd'hui plus de quatre-vingt-dix, en incluant les orientations modificatives. De manière thématique, les orientations interviennent dans cinq domaines : la politique monétaire, la gestion des avoirs de réserves de change, la gestion des billets en euro, les statistiques et les systèmes de paiement. Une étude rapide de certaines d'entre elles, montre bien leur rôle d'organisation interne du système. Elles supposent la position hiérarchique de la BCE sur les BCN puisqu'avec les orientations, la première impose des obligations aux secondes¹³⁶⁴. Elle peuvent aussi valoir pour la BCE. Les orientations organisent l'Eurosystème de deux manières : elles peuvent poser des règles valables pour tout le système ou uniquement venir encadrer le comportement des BCN.

C. Zilioli et M. Selmayr font une distinction entre les orientations adressées aux BCN et celles adressées au directoire, en se fondant sur les articles 12 paragraphe 1 et 14 paragraphe 3 des statuts¹³⁶⁵. Sur ce fondement, la distinction est pertinente. D'ailleurs, les orientations publiées contiennent toutes, à la fin, une mention selon laquelle « *La présente orientation est adressée aux Banques centrales nationales* ». Toutes les orientations ne sont pas publiées et parmi

¹³⁶² BCE, « Les instruments juridiques de l'Eurosystème », précité.

¹³⁶³ KOVAR R., « Observations sur l'intensité normative des directives » in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, p. 359-372, ici p. 359.

¹³⁶⁴ En réalité, la supériorité hiérarchique de la BCE est discutable, voir Titre 1 de la Seconde partie.

¹³⁶⁵ ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 104-105 et 106.

celles qui le sont, aucune d'entre elles ne mentionne le directoire comme destinataire, pas même celles visant directement la BCE dans leur titre¹³⁶⁶.

Le titre même de l'orientation du 26 novembre 2002 illustre parfaitement la première fonction des orientations. Elle est « *relative aux normes applicables à la Banque centrale européenne et aux Banques centrales nationales lors de la conduite des opérations de politique monétaire et des opérations de change* »¹³⁶⁷. L'orientation pose des règles de conduite à suivre par les organes et les employés en charge de la mise en œuvre concrète des opérations de politique monétaire, au sein de la BCE ou des BCN¹³⁶⁸.

En 2004, la BCE a adopté une orientation relative à l'approvisionnement des billets en euros¹³⁶⁹. Celle-ci ne s'adresse ni à la BCE, ni aux BCN mais à l'ensemble du système puisqu'elle institue une « *stratégie concurrentielle commune à l'Eurosystème en matière d'appel d'offre* »¹³⁷⁰ passant par une « *procédure unique d'appel d'offres de l'Eurosystème* »¹³⁷¹. Elle permet l'attribution des marchés d'impression de billets en euro. Certaines orientations ont un objet hybride : ordonner le système dans sa globalité en s'adressant à la fois à la BCE et aux BCN.

C'est le cas de l'orientation mettant en place le système TARGET 2¹³⁷². Organisant la gouvernance de TARGET à trois niveaux, elle impose des obligations au conseil des gouverneurs et aux BCN. De plus, chaque banque centrale – y compris la BCE – gère son propre système TARGET. Enfin, l'orientation 2011/14 concernant les instruments et procédures de politique monétaire appartient à cette catégorie : même si elle semble par certains côtés dépasser le cadre interne de l'Eurosystème. Elle décrit les procédés techniques par lesquels l'Eurosystème met en œuvre sa politique monétaire. Cette responsabilité est partagée entre la BCE – en charge des décisions – et les BCN en charge de l'implémentation concrète.

Ces orientations relatives à l'ensemble du système sont rares. Les plus fréquentes sont celles s'adressant directement aux BCN. L'orientation du 10 janvier 2001 « *adoptant certaines*

¹³⁶⁶ C'est notamment le cas de l'orientation de la BCE du 26 septembre 2002 relative aux normes minimales applicables à la BCE et aux banques centrales nationales lors de la conduite des opérations de politique monétaire et des opérations de change effectuées avec les réserves de change de la BCE et lors de la gestion des avoirs de réserve de change de la BCE (BCE/2002/6), JO L 270 du 8.10.2002, pp. 14-16.

¹³⁶⁷ *Idem*, nous soulignons.

¹³⁶⁸ D'après l'article 1 de l'orientation (*idem*), celle-ci s'applique aux membres du directoire de la BCE, des organes de décision des BCN et des employés de la BCE et des BCN « *participant aux activités ou aux opérations de politique monétaire et aux opérations de change effectuées avec les réserves de change de la BCE* ». Elle vise, toujours selon l'article 1, à imposer « *une surveillance par les organes de direction des opérations effectuées avec les contreparties du marché* », à la « *prévention du risque de conflit d'intérêt* » et à « *l'interdiction des opérations d'initiés* ».

¹³⁶⁹ Orientation de la BCE du 16 septembre 2004 relative à l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2004/18), JO n° L 320 du 21.10.2004, pp. 21-33.

¹³⁷⁰ *Idem*, considérant 4.

¹³⁷¹ Titre du Titre III de l'orientation précité.

¹³⁷² Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité.

dispositions relatives au passage à l'euro fiduciaire en 2001 »¹³⁷³ en est un exemple typique. C'est elle qui règle les modalités avec lesquelles les BCN ont pu gérer la période transitoire. Elle habilite les BCN à « *préalimenter les établissements de crédit en billets et pièces en euro* »¹³⁷⁴, elle règle la livraison de ces billets¹³⁷⁵, précise que « *Les BCN demeurent propriétaires des billets en euros livrés en préalimentation jusqu'au premier janvier 2002* »¹³⁷⁶ ou les actifs éligibles en garantie de la préalimentation¹³⁷⁷, etc. En matière de change, la BCE a imposé – par une orientation¹³⁷⁸ – aux BCN de lui transférer un certain montant de leurs réserves de change¹³⁷⁹. Enfin, en matière statistique, la BCE impose aux BCN de récolter un certain nombre de statistiques et de les lui communiquer.

L'article 1^{er} de l'orientation relative aux statistiques monétaires¹³⁸⁰ précise clairement que : « *La présente orientation détermine les obligations des BCN en matière de déclaration à la BCE des statistiques monétaires, des institutions financières et des marchés de capitaux* ». L'orientation est extrêmement contraignante pour les BCN. Elle est accompagnée d'une annexe de quasiment trois cents pages énumérant les postes devant être renseignés.

Quelque soit le type d'orientation, elles s'adressent en partie aux BCN et au-delà : elles s'imposent à elles. La comparaison avec la directive s'avère, dans ce cas là, particulièrement intéressante. Elle est cependant délicate. Alors qu'il existe une définition précise de ce qu'est une directive – contenu dans l'article 288 paragraphe 3 TFUE¹³⁸¹ –, il n'existe pas de définition juridiquement contraignante de « l'orientation ». La BCE en a donné une définition dans l'un des articles de ses bulletins mensuels intitulé « *Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne* »¹³⁸² selon lequel « *Les orientations de la BCE sont destinées à être des instruments juridiques au moyen desquels la politique de l'Eurosystème est définie et mise en œuvre. Elles précisent le cadre général et les règles essentielles à mettre en application par la banque centrale* »¹³⁸³. Les deux instruments répondent à un même

¹³⁷³ Orientation de la Banque centrale européenne du 10 janvier 2001 adoptant certaines dispositions relatives au passage à l'euro fiduciaire en 2002 (BCE/2001/1), JO n° L 055 du 24/02/2001, pp. 80-83.

¹³⁷⁴ *Idem*, art. 2.

¹³⁷⁵ *Idem*, art. 3.

¹³⁷⁶ *Idem*, art. 4 §1.

¹³⁷⁷ *Idem*, art 11.

¹³⁷⁸ Orientation de la BCE du 3 novembre 1998 modifiée par l'orientation du 16 novembre 2000 relative à la composition et à la valorisation des avoirs de réserve de change et aux modalités de leur transfert initial ainsi qu'à la dénomination et à la rémunération des créances équivalentes (BCE/2000/15), JO L n° 336 du 30.12.2000, pp. 114-117.

¹³⁷⁹ *Idem*, art. 2 §1.

¹³⁸⁰ Orientation de la BCE du 1er août 2007 relative aux statistiques monétaires, des institutions financières et des marchés de capitaux (refonte) (BCE/2007/9), JO n° L 341 du 27.12.2007, pp. 1-232, modifiée à trois reprises. Une version consolidée est disponible en ligne (www.ecb.eu) mais elle n'inclut pas la dernière modification intervenue par le biais de l'orientation de la BCE du 25 août 2011 modifiant l'orientation BCE/2007/9 relative aux statistiques monétaires, des institutions financières et des marchés de capitaux (BCE/2011/13), JO n° L 228 du 3.9.2011, pp. 37-40.

¹³⁸¹ « *La directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ».

¹³⁸² BCE, « *Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne* », précité.

¹³⁸³ *Idem*, p. 57.

impératif d'atteinte d'un but commun – celui fixé par la directive ou la politique monétaire¹³⁸⁴ – en laissant une marge de manœuvre aux destinataires de l'acte¹³⁸⁵. Ils ont aussi en commun de ne pas être, en théorie, des actes de portée générale mais bien des actes individuels¹³⁸⁶, adressés le plus souvent à la collectivité des États membres ou des BCN. Néanmoins, la pratique de ces actes en a fait des « *instruments de législation indirecte* »¹³⁸⁷. C'est ainsi que la Cour de justice qualifie les directives¹³⁸⁸ et que la doctrine appréhende les orientations¹³⁸⁹. Les orientations ont été abondamment utilisées par la BCE, aux dépens du règlement. Les directives et les orientations se rapprochent dans l'obligation de transposition qu'elles font naître pour leurs destinataires. D'abord, elles s'imposent aux États membres et aux BCN. Le traité est clair, « *la directive lie tout État membre destinataire* »¹³⁹⁰. De ce fait ils « *ont l'obligation de prendre des mesures de mise en œuvre de la directive* »¹³⁹¹. Le même type d'obligation est à la charge des BCN qui doivent « *agir conformément aux orientations et instructions de la BCE* »¹³⁹². Les Statuts ne viennent cependant pas préciser la nature de cette obligation. Une étude des orientations prises confirme le parallèle avec la directive. Les orientations sont construites sur le même modèle de « *législation à deux étages* »¹³⁹³. La BCE intervient pour poser des objectifs et des normes générales que les BCN devront traduire dans le droit national, à l'image de la transposition pour les États des directives¹³⁹⁴. Dans le rapport interne, les orientations et les directives jouissent d'un statut comparable. La question est beaucoup plus complexe dans le rapport externe.

¹³⁸⁴ « *En tenant compte des différences de structures des marchés de capitaux et des systèmes juridiques entre les États membres de la zone euro, les Orientations ont été conçues de manière à permettre, dans la mesure du possible, l'exécution décentralisée appropriée des opérations de politique monétaire, tout en assurant, dans le même temps, le plein respect des exigences de la politique monétaire unique de la zone euro* », *ibidem*.

¹³⁸⁴ *Ibidem*.

¹³⁸⁵ Voir, LOUIS J.-V., « The economic and monetary Union: law and institutions », précité, p. 589.

¹³⁸⁶ « *La directive est donc un acte de portée individuelle (...). Cette affirmation de portée incontestable, doit cependant être singulièrement nuancée en pratique. La plupart des directives sont en effet adressées à l'ensemble des États membres, font l'objet d'une mise en œuvre uniforme et simultanée dans l'ensemble des États membres, et apparaissent donc comme des instruments de législation indirecte* » SIMON D., « Directive », *Répertoire Dalloz Droit Communautaire*, §3.

¹³⁸⁷ *Ibidem*.

¹³⁸⁸ « *Il y a lieu de rappeler également que même si elle ne lie en principe que ses destinataires, qui sont les États membres, la directive constitue normalement un mode de législation ou de réglementation indirecte* », CJCE 29 juin 1993, Gibraltar c. Conseil, aff. C-298/89, Rec. 1993 p. I 3605, §17.

¹³⁸⁹ « *Les orientations en sont venues à jouer le rôle de règlements, mais de règlements, à l'origine très généralement non publiés, et n'imposant d'obligations qu'aux seules BCN* », LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 209.

¹³⁹⁰ Art. 288 §3 TFUE.

¹³⁹¹ LOUIS J.-V., « Les actes des institutions », précité, p. 513.

¹³⁹² Art. 14 §3 des Statuts.

¹³⁹³ ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, précité, p. 307.

¹³⁹⁴ Sur cette exigence de transposition, voir le Chapitre 1 du Titre 1 de la seconde Partie.

2) Le normativité externe des orientations

Une difficulté surgit de la possibilité pour les orientations d'avoir des effets juridiques en dehors de l'Eurosystème, vis-à-vis des particuliers et notamment des contreparties. Les réponses varient. La BCE exclut catégoriquement tout effet direct des orientations. Selon elle, « *elles ne sont pas destinées à affecter directement ou individuellement les droits juridiques des contreparties* »¹³⁹⁵.

La doctrine est plus nuancée. Pour les C. Zilioli et M. Selmayr, un effet direct peut être reconnu à certaines orientations si elles sont suffisamment précises et inconditionnelles¹³⁹⁶. F. Martucci adopte un point de vue opposé. Pour lui, « *elles sont dépourvues d'effet direct à l'égard de tiers* » et notamment « *le particulier ne peut exciper devant le juge national de la méconnaissance par la BCN d'une orientation ou d'une instruction de la BCE à l'occasion d'un litige relatif à un règlement ou un contrat respectivement arrêté ou conclu par la BCN* »¹³⁹⁷. Il réfute l'analogie avec la directive et estime – très justement – que lorsque la BCE cherche à « *régir la situation des tiers* », elle « *doit nécessairement adopter un des actes juridiques de la nomenclature prévue par les articles 132 TFUE et 34 des statuts* »¹³⁹⁸. Sur ce dernier point, l'analyse de F. Martucci est juste. Néanmoins, la pratique de la BCE n'obéit pas à la même rigueur juridique que ce raisonnement. Comme l'a remarqué le J.-V. Louis, la BCE est plus encline à adopter des orientations que des règlements, même dans les cas où elle devrait adopter les seconds. Certaines orientations auront alors un caractère réglementaire.

Il y a plusieurs moyens d'apprécier l'effet externe des orientations. Soit l'analogie avec la directive est poussée et alors il faudra s'interroger sur un possible effet direct, soit une analogie est dressée avec les actes internes d'une institution et il faut voir s'ils peuvent avoir des effets sur les tiers. Une troisième voie peut intervenir pour certains actes : celle de la requalification. Comme pour la décision, le contenu de certaines orientations s'avère de nature profondément réglementaire, ce qui change l'appréciation de leurs effets. La réponse est entre les trois. Certaines orientations s'apparentent plus à l'un qu'à l'autre des deux instruments. Selon leur contenu, elles auront alors plus ou moins d'effet externe.

Faire une stricte analogie entre les actes internes aux institutions et les orientations est délicat. Les orientations ne peuvent réellement être comparées aux règlements intérieurs des institutions. Ceux-ci ont pour objet la prise de décision au sein de l'institution qu'ils régissent. S. Lefevre précise que le règlement intérieur du Conseil est invocable par les États membres¹³⁹⁹ mais pas, en principe, par les particuliers¹⁴⁰⁰. Les règlements intérieurs peuvent

¹³⁹⁵ BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », précité, p. 57.

¹³⁹⁶ « *in the view of the binding character of ECB Guidelines and ECB Instructions, it seems likely that the ECJ would also attribute to them such direct effect, in any case where individuals attempt to rely on sufficiently precise terms of an ECB Guideline or an ECB Instructions* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 109.

¹³⁹⁷ MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », précité, § 109.

¹³⁹⁸ *Ibidem*.

¹³⁹⁹ LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, précité, p. 208. L'auteur se réfère à l'affaire CJCE, 24 février 1988, Royaume-Uni c. Conseil, aff. 68/86, Rec. 1986 p. 855.

produire des effets à l'égard des tiers, comme ce fut le cas dans l'arrêt BASF, étudié dans le premier chapitre du titre précédent, où une violation du principe de collégialité de la Commission – posée par le règlement intérieur – avait conduit à l'annulation d'un acte¹⁴⁰¹. Le règlement intérieur n'est pourtant pas assimilable à une orientation. L'objet des orientations dépasse largement ce cadre. Il existe d'autres actes atypiques ayant pour objet le fonctionnement d'une institution¹⁴⁰². Si leur contenu dépasse l'objet de la simple organisation interne, un problème de qualification se pose et ils retombent dans le troisième cas et nous l'aborderons plus loin¹⁴⁰³.

Une comparaison est possible avec les orientations que publie la Commission en matière de concurrence et d'aides d'État par lesquelles elle vient limiter son pouvoir discrétionnaire¹⁴⁰⁴. Pour le Tribunal, de tels actes viennent lier leur auteur en raison du principe de confiance légitime¹⁴⁰⁵. Il estime que « *les lignes directrices sont susceptibles de déployer des effets juridiques. Ces effets juridiques découlent non pas d'une normativité propre des lignes directrices, mais de l'adoption et de la publication de celles-ci par la Commission. Cette*

2

¹⁴⁰⁰ L'auteur se base sur l'affaire CJCE 7 mai 1991, *Nakajima Ltd c. Conseil*, aff. C-69/89, Rec. 1989 p. I-2069 et en tire la citation suivante (§49/50) : « *le règlement intérieur d'une institution communautaire a pour objet d'organiser le fonctionnement interne des services dans l'intérêt d'une bonne administration. Les règles qu'il établit, notamment pour l'organisation des délibérations et la prise de décisions, ont, dès lors, essentiellement pour fonction d'assurer le bon déroulement des débats, dans le plein respect des prérogatives de chacun des membres de l'institution. Il en résulte que les personnes physiques ou morales ne sauraient se prévaloir d'une prétendue violation de ces règles, qui ne sont pas destinées à assurer la protection des particuliers.* ».

¹⁴⁰¹ *Idem*, p. 210/211 voir aussi CJCE, 15 juin 1994, *Commission c. BASF et autres*, précité.

¹⁴⁰² *Idem*, p. 165 à 176.

¹⁴⁰³ C'est d'ailleurs la seule manière pour que ces actes produisent des effets de droit. S. Lefevre distingue deux types de personnes pouvant être affectées par ces actes internes : « *les "membres politiques" des institutions* » (*idem*, p. 171 à 174) et les « *agents et fonctionnaires des Communautés* » (*idem*, p. 176). Dans ce cas là, la Cour de justice n'hésite pas à qualifier les décisions prises par les institutions en décisions au sens de l'article 288 TFUE. L'auteur se réfère, par exemple, à l'affaire TPI, 2 octobre 2001, J.C. Martinez, C. de Gaulle, Front national, E. Bonimo e.a.c. Parlement européen, aff. T-222/99, T-327/99, T-329/00, Rec. P. II-2823. Le Parlement avait alors refusé aux requérants la constitution d'un groupe parlementaire. A ce propos, l'auteur précise que « *dans la configuration actuelle de la jurisprudence, dès lors qu'une mesure affecte le statut d'un député, elle doit être considérée comme produisant ses effets hors de l'institution. Si l'acte est de nature à affecter individuellement un parlementaire, alors la qualification à retenir est celle de décision.* » (*idem*, p. 173). La même conclusion vaut pour le second cas, « *Les actes liés à l'entrée, la progression et la cessation de carrière de l'agent ou du fonctionnaire semblent pouvoir s'apprécier en décisions au sens de l'article* » 288 TFUE (*idem*, p. 175).

¹⁴⁰⁴ Voir sur cette notion, KARPENSCHIF M., *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, Thèse Lyon 3, Version dactylographiée, 774p., p. 60-82 et BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, p. 450-466. Pour elle, ce type d'acte informel « *contient les modalités d'application de la norme de base aux cas individuels. Il concerne avant tout le choix de la mesure.* » (p. 451).

¹⁴⁰⁵ « *En tout état de cause, la Commission ne pouvait appliquer, en l'occurrence, la politique qui était la sienne à l'époque de l'adoption de la décision Carton puisque, depuis lors, elle a adopté sa communication sur la coopération, publiée le 18 juillet 1996. Depuis cette date, la Commission a fait naître chez les entreprises une confiance légitime dans l'application des critères énoncés dans cette communication qui l'oblige, désormais, à mettre en œuvre lesdits critères.* », TPI, 20 mars 2002, KR AF 1998 c. *Commission*, aff. T-23/99, Rec. 2002 p. II-1705, §245.

Une telle solution était déjà envisagée par la doctrine, ainsi le M. Karpenschif estimait dès 1999 que : « *conformément à l'adage tu patere legem quam fecisti, la Commission est tenue, lorsqu'elle prend une décision individuelle, de suivre les "communication" qu'elle a elle-même adoptée* », KARPENSCHIF M., *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, précité, p. 77.

adoption et cette publication des lignes directrices entraînent une autolimitation du pouvoir d'appréciation de la Commission, qui ne peut se départir de ces dernières sous peine de se voir sanctionner, le cas échéant, au titre d'une violation de principes généraux du droit, tels que l'égalité de traitement, la protection de la confiance légitime et la sécurité juridique »¹⁴⁰⁶.

Les particuliers peuvent ainsi opposer ces lignes directrices à la Commission. Dans leur fonctionnement, elles se rapprochent de certaines orientations. L'analogie ne saurait être parfaite. Cet obstacle est imputable à la nature de l'orientation qui n'a pas vocation première à régir une institution mais un système composé d'organes juridiquement indépendants, même si fonctionnellement interdépendants. C'est pour cette raison que l'analogie avec les directives est plus parlante car le but de celles-ci est lié aux rapports entre l'Union et les États membres.

Cette comparaison s'avère plus riche car les deux types d'actes ont de nombreux points communs, soulignés au paragraphe précédent. Leur mode de fonctionnement est similaire, n'imposant des obligations qu'à leurs destinataires et non aux tiers. Mais la Cour de justice a estimé que les directives pouvaient avoir – dans certaines conditions – un effet direct à l'égard des tiers. Sans pouvoir directement créer de droits ou d'obligations à leur profit, les directives peuvent être invoquées par les particuliers en cas de litige contre l'Etat, qui dénierait ou dénaturerait des droits qu'ils peuvent tirer de la directive.

Pour justifier cette assimilation entre effet direct de la directive et effet direct de l'orientation, il convient de se référer à l'argumentation de la Cour de justice dans l'arrêt Van Duyn. Selon elle, *« il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose, puisse être invoquée par des personnes concernées ; que, particulièrement dans les cas où les autorités communautaire auraient, par directive, obligé les États membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément de droit communautaire (...) qu'il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers »¹⁴⁰⁷.* Partant du principe que l'effet direct ne se limite pas au règlement¹⁴⁰⁸, il semble logique que l'orientation qui – elle aussi – vient imposer des obligations aux BCN ne puisse pas être invoquée par les particuliers. Comme celui des directives, l'effet direct des orientations de la BCE doit être limité à une invocabilité dans les litiges verticaux. Cette invocabilité est double : invocabilité d'exclusion ou de substitution¹⁴⁰⁹. Sans créer des droits pour les particuliers, l'orientation

¹⁴⁰⁶ TPI, 27 septembre 2006, Archer Daniels Midland C. c. Commission, aff. T-59/02, Rec. 2006 p. II-3627.

¹⁴⁰⁷ CJCE, 4 décembre 1974, van Duyn, aff. 41-74, Rec. 1974 p. 01337, §12.

¹⁴⁰⁸ *« en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et, par conséquent, par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire des effets analogues », ibidem.*

¹⁴⁰⁹ D. Simon parle *« des deux fonctions de l'effet direct vertical : la directive peut être invoquée en justice à l'encontre de l'État défaillant, soit en vue d'écarter l'application du droit national contraire (invocabilité*

pourrait être invoquée devant le juge national – juge de droit commun du droit de l’Union – pour mettre en échec un texte national contraire et/ou substituer à ce type de texte celui qu’elle prévoit. Comme les directives, les orientations ne sauraient avoir d’effet direct horizontal entre les particuliers, comme le prévoit l’arrêt Marshall¹⁴¹⁰ de la Cour de justice.

L’effet direct des directives n’est pas inconditionnel. Il faut tout d’abord que le délai de transposition soit écoulé. Cette condition peut être aisément reprise pour les orientations dont beaucoup contiennent ce type de délai¹⁴¹¹. Ensuite, l’effet direct est soumis aux mêmes conditions que d’autres dispositions du droit de l’Union, à savoir leur caractère clair et inconditionnel¹⁴¹². De telles exigences peuvent être reprises pour les orientations et être aisément remplies, la plupart d’entre elles étant particulièrement précises et détaillées.

La même jurisprudence semble pouvoir s’appliquer aux orientations. Ainsi, l’orientation TARGET 2¹⁴¹³ contient, dans son annexe 2, des conditions harmonisées de participation au système. Formellement, il s’agit d’un « texte à trou ». C’est à dire que l’annexe constitue une trame au sein de laquelle chaque Banque centrale devra insérer des références précises à son système¹⁴¹⁴. La Banque de France a adopté une convention transposant le modèle proposé par

2

d’exclusion), soit afin de permettre au justiciable de faire valoir ses droits en lieu et place du droit national (invocabilité de substitution) » SIMON D, « Directive », précité, §50.

¹⁴¹⁰ CJCE, 26 février 1986, Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, aff. 152/84, Rec.1986 p. 723, « *une directive ne peut pas par elle-même créer d’obligations dans le chef d’un particulier et qu’une disposition d’une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l’encontre d’une telle personne.* » (§ 48). Cette jurisprudence semble avoir été remise en cause par l’arrêt CJCE, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci c.Swedex GmbH & Co. KG, aff. C-555/07, Rec. 2010 p. I-365 selon lequel, « *il incombe à la juridiction nationale, saisie d’un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l’âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, d’assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l’Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe* » (§ 51). Néanmoins, dans cette affaire et selon la Cour, la directive ne faisait que reprendre un principe général du droit de l’UE. Il est ainsi délicat de connaître la portée d’une telle jurisprudence. Pour les orientations, leur teneur extrêmement technique paraît devoir exclure qu’elles reprennent, un jour, un principe général du droit de l’UE ; même si c’est possible.

Sur cette jurisprudence et pour un bilan de l’effet direct des directives voir DUBOUT B., « L’invocabilité d’éviction des directives dans les litiges horizontaux Le "bateau ivre" a-t-il sombré ? », *RTDE*, 2010 n°2, pp. 277-296.

¹⁴¹¹ CJCE, 5 avril 1979, Ministère public c. Tullio Ratti, aff. 148/78, Rec. 1979 p. 1629, § 22.

¹⁴¹² Ces conditions ont été ainsi résumées dans l’arrêt CJCE, 19 janvier 1982, Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt, aff. 8/81, Rec. 1982 p. 53 : « *Ainsi, dans tous les cas où des dispositions d’une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, ces dispositions peuvent être invoquées à défaut de mesures d’application prises dans les délais, à l’encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu’elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l’égard de l’État.* » (§25).

¹⁴¹³ Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2), précité

¹⁴¹⁴ Par exemple, l’article 10 de cette annexe : « *Article 10 Obligations de la [insérer le nom de la BC] et des participants*

1. dispositions contraires des présentes conditions ou dispositions légales contraires, la [insérer le nom de la BC] utilise tous les moyens raisonnables en son pouvoir pour exécuter ses obligations en vertu des présentes conditions, sans garantir un résultat.

2. Les participants paient à la [insérer le nom de la BC] les redevances fixées à l’appendice VI.

l'Eurosystème¹⁴¹⁵. Il est évident que dans un litige entre la Banque de France et l'un des participants à Target II¹⁴¹⁶, ceux-ci pourraient se prévaloir de l'orientation de la BCE si elle n'a pas été correctement mise en œuvre par la Banque de France.

Dernière possibilité pour apprécier l'effet externe des orientations : leur assimilation à des règlements. J.-V. Louis estime clairement que certaines orientations ont en réalité une nature réglementaire. Il fait aussi remarquer que la BCE a opéré des modifications temporaires de l'orientation 2000/7 relative aux instruments et procédures de politique monétaire¹⁴¹⁷ par le biais d'un règlement¹⁴¹⁸, ce qui ne saurait être satisfaisant¹⁴¹⁹. Certaines orientations, par leur portée générale, pourraient alors se voir requalifiées en règlement dans le cas d'un litige. En effet, « *la nature d'un acte ne dépend pas de sa dénomination par l'autorité qui l'a pris, mais de son objet et de son contenu au regard des définitions ainsi fournies par le traité, et la Cour se réserve le droit de procéder à sa requalification* »¹⁴²⁰. Nous avons vu la possibilité de requalifier une décision en règlement en raison de sa portée générale. Une même jurisprudence pourrait s'appliquer aux orientations qui se verraient ainsi reconnaître un effet obligatoire à l'égard des tiers, confirmant ainsi la pratique déconcertante – voire anarchique – que la BCE fait des actes obligatoires et dont seule l'instruction semble correspondre au but qui lui est assigné.

B. Les instructions : outils de gestion de l'Eurosystème

Les instructions ne feront pas l'objet d'aussi longs développements que les orientations ou les décisions car, à notre connaissance, aucune n'a été publiée. Dans ce cas là, leur étude ne peut passer que par ce que la doctrine en dit. Leur base juridique se trouve dans le statut qui

2

3. Les participants font en sorte d'être connectés à TARGET2 [insérer une référence à la BC ou au pays] les jours ouvrables, conformément aux horaires de fonctionnement figurant à l'appendice V.

La [insérer le nom de la BC] offre les services décrits au titre IV.

4. Le participant déclare et certifie à la [insérer le nom de la BC] que l'exécution de ses obligations en vertu des présentes conditions n'est contraire à aucune disposition légale, réglementaire ou statutaire qui lui est applicable ni à aucun accord par lequel il est lié ». BC est ici entendu comme Banque centrale, nous soulignons.

¹⁴¹⁵ Le texte est disponible en ligne sur le site de la Banque de France (www.banque-france.fr)

¹⁴¹⁶ A laquelle les participants souscrivent tacitement, en application de l'article 46 de l'annexe II de l'orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2), précité.

¹⁴¹⁷ Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), précité.

¹⁴¹⁸ Règlement 1053/2008/CE de la Banque centrale européenne du 23 octobre 2008 contenant des modifications temporaires aux règles applicables à l'éligibilité des garanties (BCE/2008/11), précité.

¹⁴¹⁹ « Comment justifier que des dispositions analogues soient tantôt adoptées par des dispositions directement applicables et ayant effet direct (le règlement) et tantôt par des actes qui auraient pour seuls destinataires les BCN (une orientation) et auxquels on prétend refuser à l'égard des tiers, surtout quand ce dernier acte prétend modifier ou compléter le premier ? », LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 211.

¹⁴²⁰ ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} Éd, précité, p. 203. Cette thèse a été accréditée par la Cour notamment dans l'arrêt CJCE, 23 novembre 1977, Enka BV c. Inspecteur der Inverrechten en Accijnzen Arnhem, aff. 38/77, Rec. 1977 p. 2203.

impose aux BCN d'agir « conformément aux orientations et aux instructions de la BCE »¹⁴²¹. Dans son acception générale, le terme « instruction » semble plus précis que celui d' « orientation ». C'est ainsi qu'elles ont été conçues. Pour la BCE, « *Les Instructions de la BCE sont adoptées par son Directoire. Elles n'ont pas en elles-mêmes un objectif de définition de la politique, mais sont plutôt destinées à assurer la mise en œuvre des Décisions et Orientations de politique monétaire en donnant des instructions spécifiques et détaillées aux banques centrales nationales de l'Eurosystème* ». Elles sont ainsi assimilables à ce que la Cour appelle des « *instructions internes* »¹⁴²². Selon la Cour, « *les instructions internes ne produisent des effets que dans la sphère interne de l'administration et ne créent aucun droit ou obligation dans le chef de tiers. De tels actes ne constituent donc pas des actes faisant grief susceptibles, comme tels, de faire l'objet d'un recours en annulation au titre de l'article 173 du traité* »¹⁴²³. Une telle appréciation doit néanmoins se faire *in concreto*, la Cour précisant – dans la même affaire – que : « *l'acte attaqué se distingue d'une simple instruction de service tant par les circonstances dans lesquelles il a été adopté que par les modalités de son élaboration, de sa rédaction et de sa publication* »¹⁴²⁴. Ainsi la Cour s'est prononcée, dans une affaire Espagne contre Commission, sur des orientations internes de la Commission destinées à des corrections financières dans le cas de programmes d'aides par le biais de fonds structurels. Un tel acte de la Commission « *ne traduit que l'intention de celle-ci de suivre une certaine ligne de conduite dans l'exercice de la compétence qui lui a été attribuée {et} ne saurait donc être considéré comme visant à produire des effets de droit* »¹⁴²⁵. Elles avaient pour but d'assurer que l'ensemble des directions générales de la Commission suivent la même ligne de conduite¹⁴²⁶.

Le but des instructions de la BCE est le même. Comme le précise F. Martucci : « *Ce sont des instruments opérationnels destinés à assurer la mise en œuvre des décisions et orientations adoptées par le conseil des gouverneurs* »¹⁴²⁷. Elles ont pour but, par exemple, de préciser aux BCN les détails de la mise en œuvre de la politique monétaire, dans le cadre défini au préalable par l'orientation 2000/7. J.-V. Louis les compare aux circulaires ou arrêtés ministériels¹⁴²⁸. La comparaison est judicieuse. On peut cependant regretter que les

¹⁴²¹ Art. 14 §3 des Statuts.

¹⁴²² L'expression a été utilisée par la Cour de Justice dans l'arrêt CJCE, 9 octobre 1990, République française c. Commission, aff. C-366/88, Rec. 1988 p. I-3571. Néanmoins, la notion était connue dès l'arrêt CJCE, 25 février 1988, Parti Ecologique "Les Verts" c. Parlement européen, aff. 190/84, Rec. 1984 p. 1017.

¹⁴²³ CJCE, 9 octobre 1990, République française c. Commission, précité, §9.

¹⁴²⁴ *Idem*, § 10.

¹⁴²⁵ CJCE, 6 avril 2000, Royaume d'Espagne c. Commission, C-443/97, Rec. 2000 p. I-2415, §34.

¹⁴²⁶ « *ces orientations internes contribuent à assurer que, lorsque la Commission prend des décisions en application de cette disposition, les États membres ou les autorités désignées par eux bénéficient, dans des situations comparables, d'un traitement identique. Aussi, de telles orientations sont susceptibles de renforcer la transparence des décisions individuelles adressées aux États membres.* » *idem*, §32.

¹⁴²⁷ MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation* », § 106.

¹⁴²⁸ « *Il s'agit d'actes dont les BCN sont les destinataires, qui sont incontestablement obligatoires à leur égard mais ne créent pas de règles nouvelles. En droit interne, on y verrait des circulaires ou tout au plus des arrêtés ministériels* », LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 206.

instructions ne soient pas systématiquement publiées, contrairement aux circulaires en droit français qui disposent aujourd'hui d'un site interne qui les recense et les publie¹⁴²⁹. Ainsi, il serait possible de contrôler qu'elles se limitent à une simple mise en œuvre et non à rajouter de nouvelles conditions, qui pourraient créer de nouveaux droits pour les particuliers¹⁴³⁰.

Certains actes de l'Eurosystème n'ont pas été intégrés dans cette présentation. Ils se laissent oublier pas leur absence totale de formalisme ou de publication légale. Ces actes – relatifs à la supervision par l'Eurosystème de systèmes de paiement¹⁴³¹ – sont non seulement des actes innommés, dans un domaine où une compétence règlementaire existe¹⁴³², mais sont surtout informels. Ils sont publiés par la BCE sur son site et portent son en-tête. Au-delà, il ne comportent pas de considérant, pas d'article et se présentent plus comme des documents explicatifs que des standards posés par le système. En réalité, ces documents viennent poser les normes auxquelles les systèmes de paiement doivent se conformer et la BCE viendra vérifier cette conformité. Ainsi, certains documents viennent poser des « principes fondamentaux » où l'on retrouve une présentation un peu plus juridique¹⁴³³.

Le plus important d'entre eux est celui posant les « Principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique »¹⁴³⁴ qui n'a pas été élaboré par le système mais par le Comité sur les systèmes de paiement et de règlement sous l'égide de la Banque des règlements internationaux et auquel le Conseil des gouverneurs a adhéré en janvier 2001. Cette absence totale de formalisme se comprend à la lumière des intentions de l'Eurosystème dans sa supervision des systèmes de paiement qui est de « *limiter le fardeau des entités supervisées* »¹⁴³⁵. Sa supervision des systèmes de paiement ne se fait pas par la contrainte, mais par la coopération permanente avec les gestionnaires de systèmes. Pour assurer le caractère coopératif de la démarche, ne pas imposer d'obligation – tout au moins pas sous une forme juridique contraignante – est un atout. Lorsque ceux-ci ne respectent pas les principes posés par l'Eurosystème, il va chercher à faire changer cela de manière souple et bienveillante¹⁴³⁶. Les actes pris par la BCE sont alors normatifs au sens défini plus haut. Ils

¹⁴²⁹ Décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, JORF n°0287 du 10 décembre 2008 page 18777.

¹⁴³⁰ Sur ce thème, le Conseil d'État français a changé sa jurisprudence et s'assure désormais que les directives se limitent à leur simple mise en œuvre. CE section, 18 décembre 2002, Mme Duvignères.

¹⁴³¹ Pour une liste de ces actes, voir : ECB, *Eurosystem Oversight Policy Framework*, July 2011, Annex I: Main reference documents for Eurosystem oversight (www.ecb.eu)

¹⁴³² Art. 22 des Statuts.

¹⁴³³ Voir par exemple : ECB, *Oversight standards for euro retail payment systems*, June 2003, pp. 5-8 (www.ecb.eu).

¹⁴³⁴ Comité sur les systèmes de paiement et de règlement, *Principes fondamentaux pour les systèmes de paiement d'importance systémique*, Rapport du Groupe de travail sur les principes et pratiques applicables aux systèmes de paiement, Janvier 2001 (www.bis.org).

¹⁴³⁵ ECB, *Eurosystem Oversight Policy Framework*, précité, p. 7 : « *Throughout the entire oversight process and regardless of the specific method that it applies for the conduct of oversight, the Eurosystem attaches utmost importance to good cooperation with the entities it oversees. Such constructive cooperation helps the Eurosystem to ensure effective oversight and to minimise any burden for the overseen entities* ».

¹⁴³⁶ « *On the basis of the assessment results, the Eurosystem takes action and induces change when it finds that a particular system within the overall payment, clearing and settlement infrastructure does not have a sufficient*

constituent des « *petites sources du droit* » selon l'expression de S. Gerry-Vernieres¹⁴³⁷ et leur autorité dérive de celle du système tout entier qui déploie dans tout le marché une action afin de rendre normatives ces décisions.

Section 2 - L' « action normative » de l'Eurosystème

65 La réalité de l'instrument monétaire impose de rechercher de nouveaux outils analytiques pour permettre d'expliquer le rôle que le droit joue dans ce domaine. G. Burdeau nous y invite : « *il appartient au juriste de droit public de réfléchir sur les techniques juridiques nécessaires à la conduite des politiques économiques et sur les possibilités et les limites d'un contrôle juridique à l'égard des créations de plus en plus sophistiquées des banques comme à l'égard du comportement des acteurs économiques* »¹⁴³⁸. Il sera alors fait appel aux théories critiques du droit déjà développées dans la première section. Ces théories, dont les premiers écrits sont déjà assez anciens, ont rarement été appliquées à la monnaie, alors que ce domaine a été l'un des premiers frappés par les phénomènes de mondialisation et de dérèglementation qui bousculent aujourd'hui certains pans de l'édifice juridique¹⁴³⁹.

Une approche réaliste de la monnaie impose alors d'en avoir une définition large car celle-ci est aujourd'hui majoritairement scripturale¹⁴⁴⁰. Avec cette perspective, le rôle joué par les autorités publiques change. Celles-ci ne se contentent plus de donner cours légal à une monnaie, elles doivent la gérer au quotidien¹⁴⁴¹. Ainsi, la définition de la monnaie est

2

degree of safety and efficiency. To this end, the Eurosystem has a range of tools at its disposal, which range from moral suasion, public statements, influence stemming from its participation in systems and cooperation with other authorities to directly binding regulations within the euro area Member StatesI », ibidem.

¹⁴³⁷ GERRY-VERNIERES S., *Les "petites" sources du droit*, précité, pp. 2-3 : « *Les "petites" sources sont des instruments juridiques de moindre valeur parce qu'elles sont dépourvues de force contraignante, on entend par là, de la manière la plus classique, qu'elles ne donnent pas prise à la sanction étatique* » même si « *elles ont vocation à produire des effets juridiques.* » (p. 27).

¹⁴³⁸ *Idem*, p. 224.

¹⁴³⁹ D. Carreau note bien que « *La mondialisation de l'économie dont on parle de nos jours a commencé, ne l'oublions pas, dans le domaine monétaire dès... le début des années soixante avec le retour de la convertibilité des principales monnaies. (...) En permettant la renaissance de puissants marchés internationaux au nom de leur souveraineté monétaire, les États allaient contribuer à son anéantissement.* », CARREAU D., « *La souveraineté monétaire et l'État à la fin de XXe siècle : mythe ou réalité* », précité p. 505. L'auteur parle de « *renaissance* » car le pouvoir des marchés monétaires et de la monnaie scripturale n'est pas nouveau. Comme le dit le G. Burdeau : « *Tout laisse à penser que l'usage des monnaies de compte ou imaginaires a été sans doute très ancien et bien antérieur à l'apparition des pièces.* », BURDEAU G., « *L'exercice des compétences monétaires par les États* », précité p. 231.

¹⁴⁴⁰ A propos des Eurodevises, D. Carreau estimait que « *l'essentiel des masses monétaires est aujourd'hui scriptural et non plus fiduciaire. Or, même les tenants de la théorie étatique de la monnaie ont bien dû admettre le caractère monétaire de ces sommes faisant exclusivement l'objet d'inscriptions en compte qui circulent par des mouvements de compte à compte et qui ne possèdent aucun "cours légal"* », CARREAU D., « *La souveraineté monétaire et l'État à la fin de XXe siècle : mythe ou réalité* », précité, p. 504.

¹⁴⁴¹ « *L'exercice contemporain de la souveraineté monétaire ne se résume pas, comme cela a pu se faire à une certaine époque, à un acte fondateur. Il se prolonge au contraire par un suivi quotidien de la masse monétaire.* », BURDEAU G., « *L'exercice des compétences monétaires par les États* », précité p. 232.

empruntée aux économistes à travers la notion de masse monétaire¹⁴⁴². C'est sur elle que portera leur attention et c'est elle que l'Eurosystème va chercher à contrôler. Ce n'est pas chose aisée car le marché monétaire fondé sur la fiction de la monnaie scripturale est par nature instable et complexe¹⁴⁴³ et demande pour sa gestion des instruments particulièrement évolués. Le droit ne disparaît pas de cette gestion mais se fragmente, comme le montre J-M Sorel : « *le marché peut se dissoudre dans le droit par le biais d'une décomposition analytique (...) mais il sera très délicat d'englober tous les aspects et de dégager toutes les conséquences d'un point de vue juridique* »¹⁴⁴⁴. Une telle opération est possible du point de vue de l'Eurosystème car celui-ci poursuit un but unique : la stabilité des prix. Il est alors possible d'englober toutes les opérations auxquelles il se livre afin d'atteindre ce but. Mais l'analyse de son action exige d'identifier toutes les opérations qui la composent et qui permettent à celle-ci d'être normative.

66 Au sens où il a été défini plus haut, le caractère normatif est rattaché à des normes et ainsi, *in fine*, à des textes. Il est plus rare de parler d'« action normative ». Il faut, à notre sens, entendre par là une action publique qui a pour but de modeler le comportement de certains des acteurs juridiques et, plus particulièrement, un marché. Dans le cadre de la monnaie, l'« action normative » est la mieux à même d'influencer le marché sans, pour autant, lui imposer unilatéralement les décisions prises par l'autorité publique. L'« action normative » consiste en une action directe sectorielle d'une autorité étatique – ou assimilée – sur certains acteurs dans le but d'influencer l'économie dans son ensemble. L'« action normative » ainsi entendue a pour but ultime la mise en œuvre d'une norme, mais trop générale pour l'être directement, et doit passer par une action concrète auprès d'une partie de la société. Pour le Professeur Timsit, la normativité se doit aujourd'hui de passer par un processus¹⁴⁴⁵. Le

¹⁴⁴² « *la monnaie (...) constitue une réalité macroéconomique qui se manifeste par des circuits monétaires et la notion de masse monétaire à l'égard de laquelle l'État joue un rôle essentiel* », *ibidem*.

¹⁴⁴³ « *les banques prêtent à moyen ou long terme des capitaux collectés à court terme. Le système devient ainsi fragile et de plus en plus fictif par le jeu de la création monétaire : on aboutit à une véritable fiction de la solvabilité qui est la marque de l'équilibre instable sur lequel nous vivons. En effet, ce marché est caractérisé par un phénomène multiplicateur possible par le maniement de monnaies purement scripturales. En clair, les banques ou les intermédiaires financiers prêtent des sommes qu'elles ne possèdent pas, ou dont elles possèdent une simple fraction sécuritaire* », SOREL J.-M., « Les États face aux marchés financiers » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 507-543, ici p. 519.

¹⁴⁴⁴ *Idem*, p. 535.

¹⁴⁴⁵ Voici ce que le Professeur Timsit entend par là : « *Le pouvoir normatif (...) ne se traduit plus dans une réglementation uniforme imposée du Centre à tous également – impérativité de la loi traditionnelle qui s'accomplit dans l'instant même de son édicton. Il s'exerce dans la durée, constituant un procès destiné à ne trouver d'achèvement que dans l'application concrète des normes générales aux situations singulières qu'elles viennent régir. C'est une forme « différée » de l'exercice du pouvoir normatif, particulièrement adaptée à la fonction qui, désormais, incombe en priorité à ce pouvoir dans les sociétés modernes – une fonction de traitement des situations d'incertitude. En rupture avec la logique statocentrique – logique de l'Etat, logique statique – de l'application d'une loi générale et impersonnelle, elle devient pour l'essentiel, et à cause même de l'environnement dans lequel et sur lequel elle agit, pouvoir de déclinaison – au sens grammatical du terme : pouvoir de déclinaison au cas par cas des orientations générales inscrites dans une norme, à l'occasion de chacune des situations singulières, concrètes, auxquelles est confronté le pouvoir normatif. Ce pouvoir de régulation ne peut être limité ni à l'édiction de la norme première comportant des orientations générales, ni aux normes secondaires édictées dans le cadre de la norme générale. Ces "normes", considérées isolément ne*

conseil des gouverneurs décide mensuellement de sa politique monétaire, et plus précisément du taux directeur. Une telle décision, même si elle a des effets par elle-même, se doit d'être prolongée par une action concrète de l'Eurosystème sur les marchés. C'est cette action qui assurera la diffusion de la décision de politique monétaire et lui donnera ainsi sa normativité. Pour reprendre les mots du Professeur Amselek, l'« action normative » ainsi conçue fait partie des « *nouvelles formes appropriées de la technique juridique* »¹⁴⁴⁶.

La transmission au marché monétaire passe par une série d'opérations juridiques – générales et individuelles – imbriquées (§1). Ces actions s'intègrent dans un processus normatif plus vaste par lequel l'Eurosystème agit sur le marché (§2).

§.1 - Les supports juridiques de l'action de l'Eurosystème

En plus de son encadrement par le traité, l'Eurosystème a adopté un cadre juridique dans lequel s'inscrit son action. Doté d'une compétence d'attribution, ses pouvoirs sont aussi limités. Le traité lui confère un objectif principal qu'il doit remplir et, pour ce faire, les Statuts énumèrent les instruments à sa disposition. Ce cadre ne saurait suffire. Il laisse une large marge de liberté au système. Il a construit une armature pour son action, par le biais des instruments décrits à la section précédente. Il les choisit avec précaution, n'utilisant le règlement qu'en cas de nécessité d'imposer aux contreparties des obligations précises. Il ne souhaite pas autant se lier dans la détermination de ses processus d'action, où il utilisera plus volontiers les instruments, voire de simples déclarations. Une telle pratique lui permet d'expliquer au marché et au grand public ses choix et stratégies, sans trop s'engager juridiquement (A). Au stade de la mise en œuvre de son action, le système se doit d'être plus rigoureux. Cette mise en œuvre se fait par des opérations concrètes qui exigent clarté et sécurité pour les contreparties. Il aura alors recours à des instruments plus traditionnels (B).

A. Une action auto-limitée

La première section a été consacrée aux instruments juridiques adoptés par l'Eurosystème. Il est temps de s'intéresser à leur contenu. Le traité assigne un objectif clair à l'Eurosystème – la stabilité des prix – et des missions précises – l'adoption et la mise en œuvre de la politique monétaire au moyen d'instruments déterminés par les Statuts. Tout cela aurait pu constituer une compétence liée. Fort de son indépendance, l'Eurosystème a construit son mode de raisonnement et d'action venant ainsi limiter son propre pouvoir.

Tout d'abord, d'un point de vue juridique, il améliore la sécurité juridique en précisant ses processus d'élaboration de la politique monétaire, les mesures qu'il peut prendre et dans

2

peuvent être assimilées ni traitées en normes classiques. Elles constituent ensemble, l'exercice d'un seul et même pouvoir normatif – qui n'a d'existence que totale. Ou nulle. Il n'est complet, ce pouvoir, que dans ses deux temps, associés, et ses deux dimensions, indissociables. », TIMSIT G., « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », précité, p. 385.

¹⁴⁴⁶ AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 275-294, ici p. 285.

quelles conditions¹⁴⁴⁷. C'est surtout d'un point de vue économique que cette normativité ressort. La BCE informe le marché de ses modes de raisonnement afin que celui-ci les prenne en compte dans les siens. La BCE le dit très bien : « *une stratégie de politique monétaire annoncée publiquement fournit des éléments d'orientation aux marchés, qui pourront ainsi élaborer des anticipations plus efficaces et plus exactes. En rendant les décisions monétaires plus prévisibles, la transparence aide les marchés à comprendre le mode de réponse systématique de la politique monétaire aux évolutions économiques* »¹⁴⁴⁸.

En quelque sorte, cette autolimitation améliore la sécurité juridique – qui semble, cela dit, n'être la priorité de personne – et la « sécurité économique ». La notion d'anticipation sera étudiée plus en profondeur à la fin de cette section. L'autolimitation peut être vue comme la consécration de l'indépendance de la BCE, voire d'un pouvoir discrétionnaire. Ne s'estimant pas liée par le traité, elle en donne sa propre interprétation à la fois de la stabilité des prix (1) et des modalités de mise en œuvre de sa politique monétaire (2).

1) L'encadrement par l'Eurosystème de ses choix politiques

Le traité¹⁴⁴⁹ confie deux objectifs à l'Eurosystème. Ils sont hiérarchisés : la stabilité des prix prend le pas sur le soutien aux politiques économiques, qui ne pourra être poursuivi que lorsque le premier est rempli. La définition que la BCE entend donner de ces deux notions entre dans son pouvoir discrétionnaire, et en constitue même la pierre angulaire¹⁴⁵⁰. En effet, la notion n'a pas reçu de définition juridique dans le traité et la doctrine n'a pas réellement réussi à en donner une. R. Smits appréhende cette politique par le contenu que l'Eurosystème peut lui donner, qui est enserré dans le cadre posé par les Statuts qui délimitent les opérations qu'il peut effectuer¹⁴⁵¹. L'Eurosystème n'a pas défini la politique monétaire mais a mis en

¹⁴⁴⁷ « *L'autolimitation consiste pour l'institution à édicter un acte dans lequel elle précise l'orientation qu'elle envisage d'adopter dans le domaine considéré et/ou l'interprétation qu'elle retient des dispositions du droit originaire ou du droit dérivé. Ces actes procurent aux particuliers une grille d'analyse.* », BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, p. 421.

¹⁴⁴⁸ BCE, « La transparence de la politique monétaire de la BCE », *Bulletin Mensuel*, novembre 2002, pp. 59-68, ici pp. 61-62.

¹⁴⁴⁹ Art. 127 TFUE.

¹⁴⁵⁰ Pour R. Smits : « *Legally, price stability is to be defined autonomously by the ESCB* », SMITS R., « Law of the Economic and Monetary Union », précité, p. 377. De même pour F. Martucci, à propos de article 105 §1 TCE, devenu 127 TFUE : « *Cet article fonde le pouvoir discrétionnaire de la BCE de définir la stabilité des prix, c'est-à-dire de traduire en termes monétaires l'objectif qui lui a été assigné par l'article 105, paragraphe 1 TCE* » (MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 365). L'auteur rajoute en note que « *L'emploi par l'article 12 §1 {des Statuts} de l'expression "le cas échéant" souligne le caractère discrétionnaire du pouvoir du Conseil des gouverneurs.* »

¹⁴⁵¹ « *There is no definition of what exactly constitutes monetary policy. The concept of 'monetary policy' was apparently considered to be so clear that no Treaty definition was required.*

A definition of the fundamental concept of 'monetary policy' may only be derived indirectly from the permitted operations », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 196.

L'auteur propose alors, dans un texte plus récent, une définition résumant sa position : « *monetary policy constitutes all activities and operations that are, or may be, conducive to the stability of the single currency* », SMITS R., « Law of the Economic and Monetary Union », précité, p. 379.

place une « *stratégie de politique monétaire* »¹⁴⁵². Elle ne décrit pas la politique monétaire, elle lui « *servira de guide* »¹⁴⁵³. Ainsi, le Conseil des gouverneurs rend publics les éléments et le raisonnement qu'il va suivre afin de déterminer sa politique monétaire. Son principal instrument est le taux directeur que le système va appliquer aux opérations de refinancement. La stratégie fournit les éléments d'analyse à partir desquels le conseil des gouverneurs va se baser pour son adoption.

Elle comporte un objectif et deux piliers. L'Eurosystème avait le champ libre dans cette définition, personne n'ayant préalablement exercé ce type de fonctions dans l'Union¹⁴⁵⁴. Cette virginité constitue autant un avantage qu'une contrainte. Libre de faire comme il voulait, l'Eurosystème devait convaincre les marchés.

La crédibilité de la BCE est un élément fondamental de la politique monétaire, celle-ci sera d'autant plus efficace que les marchés ont confiance en la BCE et ainsi l'intègrent comme un paramètre déterminant de leurs anticipations¹⁴⁵⁵. Afin d'atteindre ce but, le système a adopté une stratégie « *claire et facilement compréhensible* » et ainsi « *transparente (...) sur la façon dont le Conseil des gouverneurs prend les décisions de politique monétaire et sur le raisonnement économique qui les sous-tend* »¹⁴⁵⁶. La BCE consent ainsi à limiter sa marge de manœuvre dans sa prise de décision, en rendant ses paramètres intelligibles. Cette autolimitation a clairement un but économique : assurer la confiance des marchés dans la politique de la BCE, là où souvent la Commission limite son pouvoir discrétionnaire dans un but de sécurité juridique¹⁴⁵⁷.

S'imposant ses exigences de clarté et de simplicité, le Conseil des gouverneurs a décidé que : « *"La stabilité des prix est définie comme une progression sur un an de l'indice des prix à la consommation harmonisé (IPCH) inférieur à 2% dans la zone euro" (...) La stabilité des prix doit être maintenue à moyen terme* »¹⁴⁵⁸. Une telle formulation fournit à la BCE un objectif net qu'elle doit respecter mais lui donne une marge de manœuvre en ne l'obligeant qu'à

¹⁴⁵² La stratégie a été officiellement annoncée le 13 octobre 1998 dans un communiqué de presse de la BCE. Pour une présentation officielle de cette stratégie voir : BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », *Bulletin Mensuel*, Janvier, 1999, pp. 41-53 et « Les deux piliers de la stratégie de politique monétaire de la BCE », *Bulletin Mensuel*, Novembre 2000, pp. 37-48 .

¹⁴⁵³ BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », précité, p. 41.

¹⁴⁵⁴ « Afin de définir de la stratégie de politique monétaire, le Conseil des gouverneurs de la BCE a disposé d'une palette de choix importante compte tenu de la grande diversité des traditions et des stratégies des banques centrales des États membres avant le lancement de la troisième phase », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 367.

¹⁴⁵⁵ Sur ce thème voir, BCE, « La transparence de la politique monétaire de la BCE », précité.

¹⁴⁵⁶ Juste avant d'énoncer ces critères, la BCE précise que : « Afin d'acquiescer une bonne réputation et, partant, la crédibilité indispensable pour que la politique monétaire unique soit mise en œuvre de façon efficace et couronnée de succès, la stratégie de politique monétaire de l'Eurosystème doit respecter un certain nombre de critères », BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », p. 46.

¹⁴⁵⁷ Sur ce thème voir BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, 419-466.

¹⁴⁵⁸ Communiqué de Presse de la BCE du 13 octobre 1998, reproduit dans BCE, « Les deux piliers de la stratégie de politique monétaire de la BCE », précité, p. 38.

moyen terme¹⁴⁵⁹. Ainsi la BCE cherche à fournir « *un point d'ancrage stable aux anticipations en matière d'évolution des prix* »¹⁴⁶⁰. L'IPCH est un indice calculé par Eurostat sur la base des données fournies par les organismes statistiques de chaque État membre. Il a pour base juridique un règlement du Conseil et du Parlement¹⁴⁶¹. Le choix même par le conseil de l'IPCH est assez critiqué¹⁴⁶².

Le système définit ensuite « *les "deux piliers" de la stratégie mise en œuvre pour atteindre cet objectif* »¹⁴⁶³. Le premier pilier est purement monétaire, à savoir la fixation d'une valeur de référence de croissance monétaire. L'agrégat M3 a été choisi, il s'avère être un « *bon indicateur de l'inflation* »¹⁴⁶⁴. Son objectif de croissance annuelle a été fixé à 4,5%. Ce choix est justifié par le fait que l'« *inflation est (...) un phénomène monétaire* »¹⁴⁶⁵ et qu'il faut ainsi surveiller la croissance monétaire. La BCE ne se départit pas en cela de la tradition de la Bundesbank qui annonçait un objectif de croissance de M3¹⁴⁶⁶, plus réellement respecté en pratique¹⁴⁶⁷.

Le second pilier est économique. Il repose sur une analyse par l'Eurosystème de l'état de l'économie et des perspectives d'inflation. Le conseil des gouverneurs évoque « *une large gamme d'indicateurs, des perspectives d'évolution de prix et de risques pour la stabilité des prix dans la zone euro* ». Ainsi, son « *évaluation se fondera sur l'utilisation d'un large éventail de données économiques et financières comme indicateurs de l'évolution future des prix* »¹⁴⁶⁸. En 2003, la BCE a affiné sa stratégie reléguant au second plan le premier pilier,

¹⁴⁵⁹ Dans un communiqué de presse de 8 mai 2003 de la BCE, il est précisé que « *le Conseil des gouverneurs a décidé que, dans le cadre de la poursuite de l'objectif de stabilité des prix, il visera à maintenir les taux d'inflation à des niveaux proches de 2 % à moyen terme. Cette clarification souligne l'engagement de la BCE à aménager une marge de sécurité suffisante pour se prémunir contre les risques de déflation.* », (voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 153).

¹⁴⁶⁰ BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », p. 48.

¹⁴⁶¹ Voir, Commission européenne, *Indice des prix à la consommation harmonisé Petit Guide de l'Utilisateur*, Office des publications officielles de CE, Luxembourg, 2004, 15 p. (*circa.europa.eu*). Les pages 14 et 15 fournissent la liste des nombreux règlements relatifs à l'IPCH et notamment le règlement 2494/95/CE du Conseil du 23 octobre 1995 relatif aux indices des prix à la consommation harmonisés, JO n° L 257 du 27.10.1995, pp. 1-4.

¹⁴⁶² Voir MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 369.

¹⁴⁶³ BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », p. 48.

¹⁴⁶⁴ « *M3 is known to be a good indicator of inflation* », HAAN de J., EIJFFINGER S. & WALLER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralisation*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London England, 2005, 264 p., ici p. 12.

¹⁴⁶⁵ BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », p. 50.

¹⁴⁶⁶ HAAN de J., EIJFFINGER S. & WALKER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralisation*, précité, pp. 54-55.

¹⁴⁶⁷ F. Allemand rappelle que « *Même en Allemagne avant le passage à l'euro, le ciblage de la masse monétaire était abandonné dans les faits* », ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale » in JOUNO T. (dir), *Questions européenne Le droit et les politiques de l'Union*, PUF, Paris, 2009, pp. 601-642, ici p. 633.

¹⁴⁶⁸ Communiqué de Presse de la BCE du 13 octobre 1998, précité. Dans un article du bulletin mensuel, la BCE évoque des données issues « *des salaires, du taux de change, des cours des obligations et de la courbe des rendements, de diverses mesures de l'activité réelle, d'indicateurs de la politique budgétaire, d'indices de prix et de coûts et d'enquêtes auprès des entreprises et des consommateurs* », BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », p. 52.

conçu pour venir en appui des conclusions tirées de l'analyse du second¹⁴⁶⁹. Une telle analyse n'est pas exempte d'écueils du point de vue économique¹⁴⁷⁰. Cette stratégie a d'ailleurs été qualifiée d'« *éclectique* »¹⁴⁷¹. Mais comme le dit J.-V. Louis : « *Il s'agit d'un débat entre économistes sur lequel nous ne pouvons nous étendre davantage* »¹⁴⁷².

En revanche, l'absence de référence, aux autres objectifs que l'article 127 TFUE assigne au système, est remarquable. Ce dernier précise bien que, « *sans préjudice de l'objectif de stabilité des prix, le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans l'Union, en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, tels que définis à l'article 3 du traité sur l'Union européenne* »¹⁴⁷³. L'Eurosystème estime qu'en remplissant son objectif prioritaire de stabilité des prix, il vient naturellement soutenir les autres politiques. La doctrine s'accorde pour dire que le traité autorise la BCE à poursuivre ces buts, dans l'hypothèse où la stabilité des prix est assurée¹⁴⁷⁴. Ainsi, entre deux mesures de politique monétaire, la BCE peut trancher pour celle qui soutiendra le plus les autres politiques de l'Union.

Une brève analyse des conférences de presse données par les Présidents successifs de la BCE à l'issue des réunions mensuelles du conseil des gouverneurs relatives à la politique monétaire est très éclairante. Entre 1999 et 2011, les termes « *economic policy* » ou « *economic policies* »¹⁴⁷⁵ ne sont prononcés que onze fois et jamais en lien avec la définition de la politique monétaire. Ils sont évoqués soit pour préconiser ou éviter des réformes¹⁴⁷⁶, soit pour

¹⁴⁶⁹ Voir, ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale » p. 632-633 et HAAN de J., EIJJFINGER S. & WALKER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralisation*, précité, p. 23-24 ; ils rappellent (p. 47) que « *The first pillar in the monetary policy strategy of the ECB has been severely criticized* ».

¹⁴⁷⁰ Sur ce thème voir notamment HAAN de J., EIJJFINGER S. & WALKER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralisation*, précité, pp. 21-56.

¹⁴⁷¹ BENASSY-QUERE A. & COEURE B., *Economie de l'euro*, La découverte, Paris, 2010, 123p., ici p. 62.

¹⁴⁷² LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 154. Pour une analyse économique des objectifs que doit poursuivre une banque centrale, voir GOODHEART C.A.E., « The Objectives for, and Conduct of, Monetary Policy in the 1990's » in GOODHEART C.A.E., *The Central Bank and the Financial System*, MIT Press, Cambridge, 1995, pp. 216-235. L'auteur commence par constater que la théorie monétariste a gagné les banques centrales puis les objectifs que celles-ci doivent poursuivre et notamment la pertinence des mesures ciblant les agrégats monétaires et l'inflation. Pour une approche plus récente, voir ROSSI S., *Macroéconomie monétaire*, et notamment la troisième partie. Pour une approche critique des décisions de la BCE voir WYPLOSZ C., « La Banque centrale européenne en quête de maturité » et AGLIETTA M., « Commentaires » in ARTUS P. & WYPLOSZ C., *La Banque centrale européenne*, La documentation française, Paris, 2002, respectivement p. 9-72 (et plus spécifiquement p. 36-40) et p. 125-133.

¹⁴⁷³ R. Smits évoque la genèse particulièrement intéressante de l'article 2 des Statuts, article ayant la même rédaction que l'article 105 TCE, devenue 128 TFUE. La rédaction du Comité des gouverneurs parlait de « *general economic policy of the Community* », la rédaction finale est « *general economic policies in the Community* ». Pour l'auteur, l'usage du pluriel reflète l'absence de politique économique unique au sein de l'Union mais bien une par État membre, d'où aussi le changement d'article. Voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 181.

¹⁴⁷⁴ Voir Chapitre 1 du Titre 1 de cette partie.

¹⁴⁷⁵ Les transcriptions des conférences de presse étant en anglais, nous avons recherché des termes correspondant à la rédaction anglaise de l'article 128 TFUE.

¹⁴⁷⁶ Voir la conférence de presse de W. Duisenberg du 5 mars 1999 : « *As regards structural policies, it remains important to pursue economic policies in line with the principle of an open market economy with free competition. In this respect, it is essential that government support measures do not distort competition and delay necessary structural adjustment, and it is of the utmost importance to avoid protectionist measures* ».

faire référence aux grandes orientations de politique économique rédigées par la Commission¹⁴⁷⁷. Une recherche élargie a été faite sur le terme « *economic growth* »¹⁴⁷⁸, dont l'usage est beaucoup plus fréquent, sans être systématique. Le terme est employé majoritairement dans deux contextes : tout d'abord, lors de la description par le gouverneur du second pilier, dans un sens analytique¹⁴⁷⁹ ; ensuite, il fait référence à la croissance économique, non comme un but mais pour préciser que sa politique de faible inflation la soutient¹⁴⁸⁰. Une seule décision de politique monétaire est justifiée, en partie et dans le texte de la conférence de presse, aussi par des considérations liées à la croissance économique¹⁴⁸¹. Le discours n'a pas changé durant la crise financière puis celle des dettes souveraines, même si le rôle de l'Eurosystème a évolué. Celui-ci est resté centré sur la stabilité des prix. C'est uniquement si ce but est assuré que les gouverneurs consentent à prendre des mesures non conventionnelles de politique monétaire ou le rachat de titres¹⁴⁸². Afin de transmettre ces

¹⁴⁷⁷ Voir la Conférence de presse de W. Duisenberg du 6 juin 2002 : « *This reform agenda, as well as the urgent structural reforms relating to product, labour and financial markets, will be addressed in the forthcoming Broad Economic Policy Guidelines* » ou celle du 12 septembre 2002 : « *In the field of structural reforms we continue to urge governments to implement, in a determined way, the agenda set in the Broad Economic Policy Guidelines* ».

¹⁴⁷⁸ La recherche est ici partielle car la BCE peut parler de « *growth* » tout court. Mais dans ce cas là, l'exercice est plus complexe car elle peut utiliser ce terme dans plusieurs sens différents, notamment la croissance de M3. Il a été utilisé durant 118 conférences de presse, dont une utilisation systématique en 2004 et 2007.

¹⁴⁷⁹ Voir par exemple les conférences de presse de W. Duisenberg du 3 février 2005 « *Looking ahead, the conditions remain in place for economic growth to pick up and become more self-sustained in the course of the year* » et du 2 juin 2005 « *All in all, our judgement remains that real economic growth will gradually improve over the period ahead* ».

Le gouverneur Trichet, en 2008 a prononcé 8 fois, d'avril à juin, cette conclusion : « *The uncertainty surrounding this outlook for economic growth remains high, and downside risks prevail* ».

¹⁴⁸⁰ Il est frappant de retrouver dans les conférences de presse des formulations identiques qui reviennent très fréquemment. Ainsi en 2006 et 2007, le gouverneur Trichet a utilisé 13 fois la formule : « *Such anchoring is a prerequisite for monetary policy to make an ongoing contribution towards supporting sustainable economic growth and job creation in the euro area* ». En 2010, de mai à septembre, le président a précisé que : « *Monetary policy will do all that is needed to maintain price stability in the euro area over the medium term. This is the necessary and central contribution that monetary policy makes to fostering sustainable economic growth, job creation and financial stability* ». Enfin en 2011, la phrase : « *Inflation expectations in the euro area must remain firmly anchored in line with our aim of maintaining inflation rates below, but close to, 2% over the medium term. Such anchoring is a prerequisite for monetary policy to make its contribution towards supporting economic growth and job creation in the euro area. We will continue to monitor very closely all developments* » a été prononcée 7 fois, en avril et mai, puis de juillet à novembre, par le président Trichet puis par le président Draghi.

¹⁴⁸¹ Il s'agit de la décision du 5 juin 2003, justifiée en ces termes : « *Following a comprehensive economic and monetary analysis, we have concluded that the outlook for price stability over the medium term has improved significantly since our last decision to lower interest rates in March. As a result, we have decided to reduce our key interest rates by 50 basis points. This decision is in line with our monetary policy strategy, including the aim of maintaining inflation rates below but close to 2% over the medium term. At the same time, this interest rate reduction takes into account the downside risks to economic growth. The Governing Council will continue to monitor carefully all factors which are relevant to its assessment* », (nous soulignons).

¹⁴⁸² A ce sujet, voir le conférence de presse du Président du 10 juin 2010 : « *Monetary policy will do all that is needed to maintain price stability in the euro area over the medium term. This is the necessary and central contribution that monetary policy makes to fostering sustainable economic growth, job creation and financial stability. All the non-standard measures taken during the period of strong financial market tensions, referred to as "enhanced credit support" and the Securities Markets Programme, are fully consistent with our mandate and, by construction, temporary in nature. We remain firmly committed to price stability over the medium to longer term, and the monetary policy stance and the overall provision of liquidity will be adjusted as*

décisions au marché, l'Eurosystème doit interagir avec ses opérateurs. Or, elle a aussi limitée sa pratique dans ce domaine dans un premier temps pour l'élargir ensuite, face à la crise.

2) L'encadrement par l'Eurosystème de ses choix pratiques

Le traité mettait à disposition de l'Eurosystème une panoplie d'instruments propres à la mise en œuvre de sa politique monétaire¹⁴⁸³. Cette panoplie n'est pas exhaustive. Le conseil des gouverneurs peut, à tout moment, décider d'utiliser d'autres instruments. Conformément à l'article 20 des Statuts, il doit dans ce cas décider à la majorité des deux tiers. C'est le seul cas – or les matières liées à la nature sociétale de la BCE – où la majorité est qualifiée. Les Statuts lui imposent aussi d'adopter « *les principes généraux des opérations d'open market et de crédit* »¹⁴⁸⁴. Le système a discrétionnairement choisi lesquels utiliser. Pour ce faire, une orientation a été adoptée en 2000¹⁴⁸⁵ et refondue en 2011¹⁴⁸⁶. Parmi les orientations, celle-ci mérite amplement le qualificatif d'atypique. Elle ne comporte que cinq articles et une annexe de plus de quatre vingt pages, la « *Documentation générale sur les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème* ».

A l'origine, la documentation avait été simplement publiée par l'Eurosystème sans aucun formalisme ; ce n'est qu'après qu'elle a été reprise dans une orientation. Celle-ci prévoit que cette documentation « *ne confère aucun droit aux contreparties, pas plus qu'elle ne leur impose d'obligations* »¹⁴⁸⁷. Il est permis d'en douter, notamment eu égard aux procédures prévues par l'orientation et qui seront étudiées ensuite. Une telle affirmation ne saurait avoir de valeur juridique et la Cour reste libre de déterminer la portée normative de cet acte¹⁴⁸⁸. Sur le fond, la documentation générale précise les conditions dans lesquelles sera mise en œuvre la politique monétaire de l'Eurosystème, ce que ce dernier appelle le « *cadre*

2

appropriate. Accordingly, the Governing Council will continue to monitor all developments over the period ahead very closely ».

¹⁴⁸³ Ces instruments ne sont pas nouveaux, au contraire, comme le constate J.-V. Louis : « *il faut constater que les statuts mettent à disposition de la politique monétaire toute la panoplie qui constitue l'arsenal classique des banques centrales* », LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 80. Sur ces instruments voir Communautés Européennes Comité monétaire, *La politique monétaire dans les pays de la Communauté économique européenne, Institutions et instruments*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1972, 451 p..

¹⁴⁸⁴ Art. 18 §2 des Statuts, sur cette obligation, voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 274.

¹⁴⁸⁵ Orientation de la BCE du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), précité.

Pour une description synthétique de ce cadre, voir : BCE, « Le cadre opérationnel de l'Eurosystème : description et première évaluation », *Rapport Mensuel*, Mai 1999, p. 31-47 et notamment p. 31 à 36.

¹⁴⁸⁶ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité

¹⁴⁸⁷ *Idem*, Introduction de l'annexe I (p. 8 du JO).

¹⁴⁸⁸ Voir supra.

opérationnel »¹⁴⁸⁹. Parmi les instruments mis à sa disposition par le traité, l'Eurosystème précise lesquels il a choisi d'utiliser et dans quelles conditions.

En premier lieu, il faut rappeler que chaque contrepartie dispose d'un ou plusieurs comptes auprès des BCN, conformément à l'article 17 des Statuts. Ces comptes leur permettent d'effectuer leurs opérations entre elles mais aussi avec la banque centrale. Ils servent aussi à la constitution des réserves obligatoires¹⁴⁹⁰. C'est la mesure première de politique monétaire. Les banques doivent, sur une période mensuelle, déposer sur ces comptes un certain montant de liquidité déterminé à l'avance. Le calcul se fait en moyenne, permettant une gestion fluide de ces réserves par les contreparties. La période de constitution des réserves est ajustée sur les décisions de politique monétaire. Elle s'aligne sur la réunion mensuelle du conseil relative à la politique monétaire. Leur rôle est central, il permet de créer un manque de liquidité sur le marché que le système devra combler au moyen d'opérations de gestion de la monnaie.

Pour ce fait, le système choisit comme outil principal les opérations dites d'*open-market*¹⁴⁹¹. Prévues par les Statuts en termes généraux à son article 18, celles-ci sont déclinées par la Documentation générale en sous opérations. Il en existe trois grands types : les opérations principales de refinancement, les opérations à plus long terme et les opérations de réglage fin. Par ces opérations, l'Eurosystème fournit de la liquidité au marché, soit par l'achat ou la vente d'actifs, soit par des prêts garantis par les banques. Un rôle majeur, comme leur nom l'indique, est joué par les opérations principales de refinancement. Leur fréquence est hebdomadaire et leur durée d'une semaine.

Ensuite, pour des besoins structurels, le système utilise des opérations de refinancement à plus long terme qui ont, normalement, lieu tous les mois pour une durée de trois mois. Ces mesures, rares en temps normal, ont joué un rôle plus grand depuis le déclenchement de la crise. Enfin, face à certaines situations imprévues, la BCE peut faire des opérations de réglage fin, dont la fréquence et la durée ne sont pas normalisées.

Les opérations d'*open-market* comprennent aussi les swaps de change (l'achat ou la vente d'une devise contre des euros), les reprises de liquidité en blanc (des dépôts à termes rémunérés des contreparties auprès des BCN), des opérations fermes (rachat ou vente d'actifs négociables) et l'émission de certificats de dettes par la BCE. Ces opérations ne sont pas exécutées à une fréquence définie mais lorsque la politique monétaire l'exige¹⁴⁹². Toutes ces opérations s'opèrent contre la fourniture de garanties. On parle de fourniture de liquidités et

¹⁴⁸⁹ « *Le cadre opérationnel peut être défini comme étant l'ensemble des instruments utilisés par une banque centrale pour assurer la gestion de la liquidité et piloter les taux d'intérêt du marché monétaire* », BCE, « *Le cadre opérationnel de l'Eurosystème : description et première évaluation* », p. 31.

¹⁴⁹⁰ Sur leur régime juridique, voir infra §2, B, 1. Pour une description, voir Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), Annexe I, Chapitre 7.

¹⁴⁹¹ « *On parle à ce sujet de marché "ouvert", parce que la banque centrale n'attend pas d'être sollicitée mais s'adresse spontanément au marché, qui est toujours ouvert (durant les journées ouvrables).* », ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 249.

¹⁴⁹² Les swaps sont utilisés pour le réglage fin, les reprises pour le retrait de liquidité du marché, à des fins structurelles pour les opérations fermes et pour la création d'un besoin de refinancement pour les certificats de dette.

non de prêt de l'Eurosystème. En effet, il est chargé de fournir aux marchés des actifs liquides contre des actifs moins liquides. Toutes les opérations doivent alors se faire en échange de titres permettant à la BCE de garantir sa position.

Enfin, l'Eurosystème met à disposition des contreparties des facilités permanentes de prêts ou de dépôts. Contrairement aux opérations de marché ouvert, l'initiative de leur utilisation provient des contreparties. Elles sont quotidiennes et durent une journée. Celles qui ont un déficit de liquidité peuvent en emprunter à la Banque centrale. Celles qui ont un excédent peuvent le déposer. Les dépôts sont rémunérés et les prêts à intérêts. Les facilités permanentes jouent aujourd'hui un rôle central dans la gestion de crise qui a vu changer le rôle de l'Eurosystème.

3) Les mesures non-conventionnelles

Les crises – la crise financière et la crise des dettes souveraines – sont venues dérégler le système. La souplesse, dans la conception du système, lui a permis de tenir bon, mais ses défauts ont grandi. Le manque de rigueur juridique dans l'utilisation par la BCE de son pouvoir normatif est devenu criant. Des règlements et des décisions sont venus modifier des orientations¹⁴⁹³ ; soulignant ainsi la nature réglementaire des orientations comme des décisions. Dans la crise, le droit passe au second plan. Les urgences financières ne peuvent s'embarasser de la sécurité juridique. L'impératif économique passe alors au premier plan.

La souplesse du cadre d'action de l'Eurosystème lui a ainsi permis de répondre aux besoins du marché. Tel qu'il a été décrit, le cadre existe toujours mais sa pratique a changé. L'Eurosystème a dû adopter des mesures « non conventionnelles » de politique monétaire au point de changer de rôle mais jamais d'objectif. L'Eurosystème a toujours donné la priorité à la stabilité des prix¹⁴⁹⁴, parfois aux dépens de la stabilité financière. Ces nouvelles mesures touchent majoritairement des opérations de refinancement. Le fonctionnement du marché monétaire est basé sur la confiance. Les contreparties ne se prêtent entre elles que si elles sont convaincues d'être remboursées. Lorsqu'une grande banque comme Lehman Brothers fait faillite, la confiance s'écroule. Au lieu de fournir de la liquidité aux banques qui n'ont pu se financer sur le marché monétaire, l'Eurosystème doit servir d'intermédiaire entre les banques, qui refusent de se prêter entre elles. Celles ayant un excédent de liquidité le place en entier à auprès de l'Eurosystème, qui ensuite devra prêter à celles qui en manquent. Pour cela, le système a multiplié les opérations de refinancement et a changé leurs modalités¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹³ Ainsi le règlement 1053/2008/CE de la Banque centrale européenne du 23 octobre 2008, précité, est venu modifier la documentation générale. Son article 1 prévoit que : « *Les critères d'éligibilité applicables aux garanties fixés à l'annexe I de l'orientation BCE/2000/7 (ci-après la «documentation générale») sont élargis conformément aux articles 2 à 7* ».

De même la décision de la Banque centrale européenne du 7 juillet 2011 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement portugais (2011/410/UE) (BCE/2011/10), JO n° L 182 du 12.7.2011, pp. 31-32, vient suspendre certaines exigences de la documentation générale.

¹⁴⁹⁴ Voir, TRICHET J.-C., « Toward the First Decade of Economic and Monetary Union – Experiences and Perspectives », précité et « The ECB's response to the crisis », 26 mai 2011.

¹⁴⁹⁵ Voir, TRICHET J.-C., « Réflexions sur les turbulences financière », précité, pour une présentation synthétique des réactions de l'Eurosystème à la crise financière.

Ce dernier a ainsi mené une opération de refinancement exceptionnelle de 38 jours, annoncée le 29 septembre 2008. Le 8 octobre, le conseil des gouverneurs a décidé de modifier les procédures des opérations principales de refinancement qui se font depuis à taux fixe et sans limite de liquidité disponible¹⁴⁹⁶. Ensuite, l'écart entre la facilité de crédit et la facilité de dépôt a été resserré de 2 à 1%, pour repasser à 2% lors d'une décision de décembre 2008 et repasser à 0,75% en mai 2009. Enfin, les 15 et 28 octobre, les gouverneurs ont décidé de baisser les exigences qualitatives en matière de garanties. Le 7 mai 2009, le système a décidé de conduire des opérations de refinancement d'une durée de douze mois, à taux fixe, toute les soumissions étant servies¹⁴⁹⁷. Leur durée a pu alors atteindre récemment trente six mois¹⁴⁹⁸, preuve de la flexibilité de ce cadre opérationnel et du pouvoir discrétionnaire dont il résulte. En mai 2009, la BCE a aussi décidé d'acheter des obligations sécurisées, à savoir des titres émis par des institutions financières et adossés à des créances solides¹⁴⁹⁹. L'Orientation 2000/7 a été ainsi modifiée à de nombreuses reprises, notamment pour revoir les calculs en matière d'éligibilité des garanties. Le programme d'achat d'obligations sécurisées a fait l'objet d'une décision¹⁵⁰⁰. Cet arsenal est toujours en vigueur. Il a été renforcé le 10 mai 2010 par le très controversé programme d'achat de titres et notamment d'obligations d'États sur le marché secondaire¹⁵⁰¹.

Sur le marché monétaire, ces mesures ont fait changer la BCE de rôle. Son pilotage des taux d'intérêt est passé au second plan. Ainsi, l'EONIA est aujourd'hui proche, non pas du taux directeur, mais de celui de la facilité de dépôt. Le marché n'est pas en manque de liquidité, au contraire. Mais la majorité des banques préfèrent déposer leur excès de liquidité auprès de la BCE que de le prêter. Les prêts qui se font, se font alors au taux de la facilité de dépôt¹⁵⁰². C'est en réalité la BCE qui prête aux banques en demande. De pilote de la monnaie, elle est devenue intermédiaire. Comme la BCE le dit elle-même, elle « *a réagi en endossant un rôle d'intermédiaire direct de liquidité aux banques, fonction normalement assurée par le marché*

¹⁴⁹⁶ « La modification la plus importante a consisté à introduire une procédure d'appels d'offres à taux fixe intégralement servis, qui a donné aux banques l'assurance de pouvoir obtenir auprès de l'Eurosystème toute la liquidité disponible souhaitée au taux directeur (en diminution rapide), à condition de disposer d'un niveau suffisant de garanties éligibles », BCE, « La mise en œuvre de la politique monétaire depuis août 2007 », *Bulletin Mensuel*, Juillet 2009, pp. 77-91, ici p. 80.

¹⁴⁹⁷ Voir BCE, « Les mesures non conventionnelles de la BCE, leur incidence et leur suppression », *Rapport Mensuel*, Juillet 2011, pp. 55-69.

¹⁴⁹⁸ La décision de mener ces opérations a été prise par le conseil des gouverneurs le 8 décembre 2011 et annoncée par le Président Draghi dans sa conférence de presse du même jour.

¹⁴⁹⁹ Sur cette chronologie, voir BCE, « La mise en œuvre de la politique monétaire depuis août 2007 », précité.

¹⁵⁰⁰ Décision de la Banque centrale européenne du 2 juillet 2009 relative à la mise en œuvre du programme d'achat d'obligations sécurisées (2009/522/CE) (BCE/2009/16), précité.

¹⁵⁰¹ Décision de la Banque centrale européenne du 14 mai 2010 instaurant un programme pour les marchés de titres (2010/281/UE) (BCE/2010/5), précité.

¹⁵⁰² « La forte demande de liquidité des intervenants de marché, entièrement satisfaite par l'Eurosystème, a provoqué une baisse significative des taux du marché monétaire au jour le jour, en les ramenant à un niveau inférieur au taux des opérations principales de refinancement et relativement proche du taux de la facilité de dépôt (...). Dans ce contexte, le taux de la facilité de dépôt a joué un rôle de plus en plus important que par le passé vis-à-vis de l'Eonia et des autres taux d'intérêt à très court terme du marché monétaire. », BCE, « L'orientation de la politique monétaire au cours de la crise financières », précité, p. 69

monétaire, passant d'une procédure d'appel d'offres à taux variables à une procédure d'appel d'offres à taux fixe avec une allocation illimitée de la liquidité demandée par les contreparties »¹⁵⁰³. La BCE semble avoir bien du mal à se défaire de son rôle. Elle évoque dans plusieurs bulletins mensuels la suppression de ces mesures non conventionnelles qui ont été prévues pour n'être que temporaires¹⁵⁰⁴.

Au-delà de ce changement de rôle pratique, d'un point de vue théorique, l'action de la BCE a démontré qu'elle acceptait d'agir comme prêteur en dernier ressort des banques mais non des Etats. La notion même de prêteur en dernier échappe à une définition claire¹⁵⁰⁵. Elle est censée organiser autour de quatre piliers. La Banque centrale doit prêter aux banques illiquides mais non insolvables. Elle doit prêter autant que les banques le souhaitent mais à un taux élevé – punitif – et contre de bonnes garanties. Enfin, afin d'éviter l'aléa moral, la Banque centrale ne doit pas signifier qu'elle agira ainsi¹⁵⁰⁶. Au final, il s'agit de savoir si la Banque centrale fournira suffisamment de liquidités afin de garantir la stabilité du système financier en cas de crise. Avant la crise financière, des doutes existaient effectivement sur la volonté de la BCE de jouer ce rôle¹⁵⁰⁷. Or, avec les opérations non-conventionnelles, l'Eurosystème a clairement manifesté sa volonté de prêter autant que les contreparties en ont besoin. Il a d'ailleurs ignoré certaines règles du prêteur en dernier ressort en pratiquant un taux très bas depuis cinq ans et en abaissant progressivement les règles quant à l'éligibilité des garanties.

Devenu prêteur en dernier ressort des banques, l'Eurosystème refuse de l'être pour les Etats. Il n'achète des titres d'État que sur le marché secondaire et en quantité limitée. Deux options actuellement à l'étude pourraient changer cela. La première viserait à donner au FESF ou au MES la qualité de contrepartie, option à laquelle la BCE s'oppose¹⁵⁰⁸. Il est aussi envisagé d'annoncer un écart maximal des taux d'emprunt des États que la BCE garantirait par ses interventions sur le marché secondaire. Ces deux mécanismes permettraient de contourner la règle dite de « *no bailout* » posée par l'article 123 TFUE interdisant à la Banque centrale de financer directement les Etats. La légalité de telles décisions pourrait d'ailleurs être remise en cause devant la Cour de justice. Même si, par nature, l'action de l'Eurosystème est économique, elle doit toujours passer par le biais d'instruments juridiques.

B. Les formes juridiques de l'action de l'Eurosystème

¹⁵⁰³ BCE, « Les mesures non conventionnelles de la BCE, leur incidence et leur suppression », précité, p.59.

¹⁵⁰⁴ *Idem*. Voir aussi : TRICHET J.-C., « The ECB's exit strategy », 4 septembre 2009.

¹⁵⁰⁵ Voir SIBI F., *La politique monétaire de la Banque centrale européenne*, Thèse dactylographiée, Université Panthéon-Sorbonne, 418p., p. 307-309. L'auteur commence par préciser qu' « *Il n'existe pas de définition précise de ce qu'est un prêteur en dernier ressort* » (p. 307).

¹⁵⁰⁶¹⁵⁰⁶ Ces principes ont été dégagés par deux économistes anglais : H. Thornton et W. Bagehot. Voir, *idem* et CAMPBELL A. & LASTRA R.M., « Revisiting the Lender of Last Resort », *Banking & Finance Law Review*, 2009, Vol. 24 n° 3, pp. 453-497, plus précisément pp. 464-468.

¹⁵⁰⁷ Pour R. Smits, il est inhérent aux Banques centrales et donc à la BCE (« The role of the ESCB in banking supervision », précité, p. 205) tandis que d'autres s'interrogeaient, aidés en cela par une position ambiguë de la BCE (voir LOUIS J.-V., « Mondialisation, marchés financiers et institutions monétaires – Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation », précité, p. 548).

¹⁵⁰⁸ Voir *supra*.

L'opposition entre un point de vue « micro-juridique » et un point de vue « macro-juridique » prend tout son sens au niveau de l'étude des relations qu'entretiennent l'Eurosystème et les contreparties quant au déroulement des opérations de politique monétaire. Le juriste retrouve des jalons connus. Il est possible, à une échelle individuelle, de découper l'action du système pour le rendre intelligible.

En réalité, la BCE use de techniques assez classiques régissant les relations entre administrés et administration. Lors du déroulement des opérations d'*open-market*, elle ne peut laisser paraître qu'elle préfère une contrepartie plutôt qu'une autre. Elle a alors enfermé son action dans des procédures strictes, permettant de rendre ses choix objectifs (1). Au stade de la concrétisation de ces opérations, leur nature juridique est contractuelle (2).

1) Une action « procéduralisée »

Le déroulement concret des opérations d'*open-market* est strictement encadré par l'Eurosystème. La logique reprise ici est celle d'un encadrement par des procédures, plus à même de garantir la neutralité et l'objectivité des choix ainsi que la participation la plus large à ces opérations. Dans ce domaine, la logique et le vocabulaire utilisés par l'Eurosystème rappellent ceux ayant cours en matière de marchés publics. La réglementation communautaire des marchés publics a cependant exclu de son champ d'application l'activité des banques centrales¹⁵⁰⁹. L'Eurosystème en reprend cependant certains traits. La logique est celle, d'une part d'une transparence dans l'offre faite par le système permettant au plus grand nombre de participer, et d'autre part d'une objectivité dans le choix opéré, entraînant une objectivité de ce dernier¹⁵¹⁰. Le vocabulaire commun repris est celui de la notion « *d'appel d'offre* » ou « *d'adjudication* »¹⁵¹¹. Cependant, les règles appliquées par l'Eurosystème sont assez éloignées de celles des marchés publics. Les spécificités du domaine monétaire exigent beaucoup plus de célérité.

¹⁵⁰⁹ La directive 2004/18 exclut ces activités de son champ d'application à son article 16 d) : « *La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services : (...) concernant des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, et des services fournis par des banques centrales* » (directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, précité).

¹⁵¹⁰ Dans le domaine des marchés publics, un tel encadrement est justifié en ces termes par l'Avocat Général Jacobs : « *Le principal objet de la réglementation de la passation des marchés publics en général est de garantir que les fonds publics soient dépensés honnêtement et efficacement, sur la base d'une appréciation sérieuse et sans favoritisme d'aucune sorte ou contrepartie financière ou politique. Le principal objet de l'harmonisation communautaire est de garantir en outre la suppression des entraves et l'égalité des conditions de concurrence en posant, notamment, des exigences de transparence et d'objectivité.* » (§ 33 des conclusions sous CJCE 18 octobre 2001, SIAC Construction Ltd c. County Council of the County of Mayo, aff. C-19/00, Rec. 2001 p. I-07725).

¹⁵¹¹ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe I, Chapitre 5. Le terme est peu utilisé en matière de marchés publics où celui d'« avis », on retrouve cependant à l'article 19 de la directive 2004/18 précité.

La notion d'adjudication est omniprésente en matière de marché public où le principal problème est celui de la définition de « pouvoir adjudicateur » (sur ce thème voir KARPENSCHIF M., « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de Justice des Communautés européennes », *AJDA*, 2004, pp. 526-533).

Les particularités de chaque type d'opération ont conduit à la mise en place de procédures spécifiques à chacune d'entre elles : les appels d'offres normaux utilisés par les opérations principales de refinancement et les opérations à plus long terme et les appels d'offres rapides pour les opérations de réglage fin¹⁵¹². Toutes ces opérations, et leurs résultats, sont annoncées de la même manière. La BCE et les BCN le font « *par l'intermédiaire des réseaux d'information financière* »¹⁵¹³. Les BCN peuvent prévenir directement les contreparties si elles le jugent nécessaire. Les délais sont très rapides. Pour la procédure normale, ils sont de vingt-quatre heures entre l'annonce de l'appel et celle des résultats, pour la procédure rapide, ils sont de quatre-vingt dix minutes¹⁵¹⁴. Dans le cas d'un appel d'offre normal, celui-ci est publié à 15h30 et les contreparties peuvent soumissionner jusqu'à 9h30 le lendemain matin. Chaque appel d'offre mentionne la quantité de liquidité que le système souhaite attribuer. Les réponses doivent être « *présentées sous une forme identique à celle du modèle qui est fourni par les banques centrales nationales pour l'opération concernée* »¹⁵¹⁵.

L'adjudication des résultats se fait sur des critères objectifs. Deux types de procédures sont possibles. Lorsque l'appel d'offre se fait à taux fixe, chaque contrepartie répond en fonction de la quantité de liquidité qu'elle souhaite se voir attribuer. Pour les opérations principales de refinancement, le montant minimal de soumission est de 1 000 000 euros et se décompose ensuite par tranches de 100 000 euros¹⁵¹⁶. Ensuite, « *les soumissions seront satisfaites au prorata des offres, en fonction du rapport à adjuger et celui de l'offre globale* »¹⁵¹⁷. Dans le cas des appels d'offres à taux variables, l'attribution se fait par ordre décroissant des taux d'intérêts proposés par les contreparties¹⁵¹⁸. Le résultat est ensuite annoncé par les mêmes réseaux d'informations, sauf pour ceux qui n'y ont pas accès, qui seront alors prévenus directement par les BCN. L'adjudication ne se fait que sur des critères quantitatifs et en aucun

¹⁵¹² Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe I, 5.1.1.1. et 5.1.1.2.

¹⁵¹³ *Idem*, Chapitre 5, Encadré 3.

¹⁵¹⁴ Ces délais ne peuvent être comparés à ceux en matière de marchés publics, où les délais se comptent en jours (le délai minimal va jusqu'à 52 jours et peut être raccourci à 7 jours dans certaines conditions, voir l'article 38 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, précité ; sur ce thème voir RICHER L., *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, Paris, 2009, 393 p., pp. 228-230). Le degré d'intégration élevé des différents partenaires des opérations d'*open-market* reliés entre eux par des procédés de communication rapide permet de réduire ces délais au minimum. Des conditions structurelles liées à la répétitivité des opérations de banque centrale ainsi que la moindre complexité de ces dernières par rapport aux marchés publics permettent aussi de comprendre cet écart.

¹⁵¹⁵ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), Annexe I, 5.1.4.

¹⁵¹⁶ *Ibidem*.

¹⁵¹⁷ *Idem*, 5.1.5.1.

¹⁵¹⁸ « *Dans le cadre des appels d'offres à taux variable en euros destinés à un apport de liquidité, la liste des soumissions est établie par ordre décroissant des taux d'intérêt offerts. Les offres assorties des taux d'intérêt les plus élevés sont satisfaites en premier ; les offres à taux d'intérêt moins élevés sont ensuite successivement acceptées jusqu'à épuisement du montant total des liquidités à adjuger. Si, au taux d'intérêt le plus bas accepté (c'est-à-dire le taux d'intérêt marginal), le montant total des offres excède le montant résiduel à adjuger, ce dernier est adjugé au prorata de ces offres, en fonction du rapport entre le montant résiduel à adjuger et le montant total des offres au taux d'intérêt marginal.* », *ibidem*.

cas qualitatifs. Toutes les opérations de la BCE doivent se faire avec des garanties (titres, etc.)¹⁵¹⁹ mais l'attribution de liquidité ne se fait pas en fonction de la qualité de ces garanties, ni même sur la preuve de leur existence. Cette vérification se fait *a posteriori*¹⁵²⁰.

En matière de recours possible contre les décisions, les procédures appliquées par l'Eurosystème sont radicalement opposées à celles pratiquées en matière de marchés publics. Aucun recours contre les résultats des procédures de refinancement n'est prévu, alors que des voies de droit ont été organisées depuis très longtemps en matière de marchés publics¹⁵²¹. Ces recours sont dirigés devant le juge national. De telles procédures sont absentes de l'Eurosystème, ce qui est regrettable mais en réalité naturel, dans la mesure où de tels recours sont impraticables. Les décisions de l'Eurosystème sont exécutées dans la foulée de l'annonce des résultats le jour même ou le lendemain. Les contreparties ne se voient transférer les fonds que lorsqu'elles ont constitué auprès de l'Eurosystème les garanties rattachées à l'opération en cause. Toutes les opérations de l'Eurosystème se font contre des garanties. Il ne prête pas de liquidités sans fourniture, en contrepartie, d'actifs éligibles répondant à des qualités strictement définies¹⁵²². Ce transfert de garanties constitue aussi le principal déterminant de la nature juridique que prendra l'opération et notamment le type de contrat qui liera les deux parties.

2) Une action contractualisée

Chaque opération entre l'Eurosystème et une contrepartie se concrétise par un transfert de liquidité du premier et la mise en disposition de garanties par la seconde. Dans la pratique, ces opérations peuvent se concrétiser sous la forme de contrats entre la BCN chargée d'exécuter

¹⁵¹⁹ *Idem*, pp. 41-74.

¹⁵²⁰ « Les contreparties doivent toujours être à même de couvrir les montants qui leur ont été adjugés par un montant suffisant d'actifs mobilisables. Les dispositions contractuelles ou réglementaires appliquées par la BCN concernée permettent l'application de sanctions si une contrepartie ne livre pas un montant suffisant d'actifs mobilisables ou d'espèces à l'appui du montant qui lui a été adjugé dans une opération d'appels d'offres. », *idem*, p. 32.

¹⁵²¹ Voir la directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JO n° L 395 du 30.12.1989, pp. 33-35 ; la directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO L 76 du 23.3.1992, pp. 14-20 modifiées 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO n° L 335 du 20.12.2007, pp. 31-46.

Sur les dispositions de ces textes voir RICHER L., *L'Europe des marchés publics*, précité, pp. 318-351.

¹⁵²² « toutes les opérations de fourniture de liquidité de l'Eurosystème sont fondées sur des livraisons d'actifs mobilisables par les contreparties, soit sous la forme d'une cession en propriété (dans le cas d'opérations fermes ou de pensions), soit sous la forme d'un nantissement, d'une cession ou d'une sûreté constitués sur les actifs concernés (dans le cas de prêts garantis).

Afin d'éviter à l'Eurosystème d'encourir des pertes à l'occasion de ses opérations de politique monétaire, de respecter l'égalité de traitement des contreparties et d'optimiser l'efficacité opérationnelle et la transparence, les actifs mobilisables doivent remplir des critères précis pour être éligibles à ces opérations. », Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe I, 6.1.

la décision de politique monétaire et la contrepartie. Ils peuvent aussi prendre la forme d'actes réglementaires¹⁵²³. Ils se déclinent dans chaque pays et selon chaque opération. Ils relèvent du droit privé et non du droit public¹⁵²⁴. Ils sont fondamentaux car c'est par eux que se concrétise la politique monétaire. C'est par la voie de ces contrats que le taux directeur prend une existence réelle, sous la forme du taux auquel la BCE consent à un transfert de liquidité¹⁵²⁵. De manière succincte, l'orientation concernant les instruments et procédures de politique monétaire vient préciser la nature juridique des opérations d'*open-market*. On distingue alors les opérations de cession temporaire et les opérations fermes. Pour les secondes, elles « impliquent le transfert de la pleine propriété du vendeur à l'acheteur sans qu'une rétrocession de propriété y soit liée »¹⁵²⁶. Au contraire, les premières prévoient que la propriété, même si elle a été transférée, reviendra à la contrepartie¹⁵²⁷. Dans ce dernier cas, les BCN doivent adopter des mesures complémentaires. En France, le gouverneur de la Banque de France a adopté une décision en la matière¹⁵²⁸. Celle-ci prévoit une « Convention de prêt garanti », « utilisable pour les opérations d'*open market*, les facilités permanentes et le crédit intrajournalier ou pour l'ensemble de ces opérations, selon les contreparties éligibles »¹⁵²⁹. Cette convention est signée par les parties pour permettre la réalisation des opérations de politique monétaire¹⁵³⁰. La convention prévoit la compétence du Tribunal de commerce de Paris, à son article 17¹⁵³¹.

¹⁵²³ « la politique monétaire est mise en œuvre soit au moyen de contrats conclus entre les banques centrales nationales et leurs contreparties, soit au moyen d'actes réglementaires applicables par ces contreparties selon le régime juridique de chacune des banques centrales nationales », BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », précité, p. 57.

¹⁵²⁴ Pour reprendre la formule P. Delvolé : « Les techniques employées relèvent du droit privé et leur analyse est plus financière que juridique. Elles n'appartiennent plus au droit public de l'économie. C'est pourquoi, quelle que soit leur importance, elles n'ont pas à être développées ici. », DELVOLE P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, 799 p, ici p. 457.

¹⁵²⁵ « the setting of the ECB's main refinancing interest rate where fixed rate tenders have to be chosen. As soon as it is set by the ECB, it is the rate to be applied to all refinancing operations throughout all Member States participating in the single currency; however, the legal effect of such a decision will extend to a credit institution only the moment this credit institution participates, by the conclusion of a contract with the ECB or a national central bank, in one of the ECB's refinancing operation », ZILILI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, pp. 95-96.

¹⁵²⁶ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe I, 3.2.2.

¹⁵²⁷ « Les banques centrales nationales peuvent effectuer des opérations de cession temporaire soit sous forme de prises en pension (la propriété de l'actif est transférée au créancier, tandis que les parties acceptent de dénouer l'opération par une rétrocession de l'actif au débiteur à une date ultérieure), soit sous forme de prêts garantis (une sûreté opposable est constituée sur l'actif mais, sous réserve de l'exécution intégrale de l'obligation, l'actif demeure la propriété du débiteur) », *idem*, Annexe I., 3.1.1.2.

¹⁵²⁸ Pour la France, voir la décision n° 2010-04 du gouverneur de la Banque de France du 31 décembre 2010 relative aux instruments et procédures de politique monétaire et de crédit intrajournalier de la Banque de France. Le texte de la convention est disponible en ligne.

¹⁵²⁹ *Idem*, p. 53.

¹⁵³⁰ « Avant toute opération de crédit, chaque contrepartie signe avec la Banque de France, pour la mise en œuvre de la présente décision, la « convention de prêt garanti » qui organise contractuellement la mobilisation des actifs éligibles de la manière suivante :

L'utilisation de l'instrument contractuel en matière de politique monétaire n'est pas surprenante et participe du mouvement dans lequel s'inscrit la régulation monétaire. Le Vice-Président Sauvée souligne ainsi que « *le contrat apparaît comme un outil essentiel de la régulation dans une économie de marché* »¹⁵³². Il permet une direction plus souple des conduites. L'Eurosystème n'impose jamais la participation aux opérations de politique monétaire. Lorsqu'une contrepartie le fait, c'est de manière volontaire. Ainsi, l'action régulatrice sera mieux accept e¹⁵³³, dans une optique « macro-juridique ». Une telle optique permet de mieux comprendre comment ces différents outils se combinent entre eux pour permettre l'effectivité de la politique monétaire.

§.2 - La normativité de l'action de l'Eurosystème

La politique monétaire passe majoritairement par ce que le système appelle le « *pilotage des taux d'intérêt* »¹⁵³⁴. Le crédit n'étant plus encadré, il cherche à influencer la création monétaire afin d'en contrôler la masse – l'objectif de croissance de M3 – par le biais du crédit. Une augmentation ou une baisse des taux d'intérêt entraîne une contraction ou une expansion de la masse monétaire. Tout l'art d'une Banque centrale est alors de réussir à influencer ces taux pratiqués par les contreparties¹⁵³⁵. Cela passe par deux biais différents et compl mentaires¹⁵³⁶. Leur appréhension par le juriste exige de faire appel à une vision

2

– les actifs négociables sont affectés en garantie par l'ouverture, dans les livres de la Banque de France, d'un compte d'instrument financier au nom de la contrepartie, gagé au profit de la Banque de France, conformément à l'article L.431-4 du Code monétaire et financier ;

– les actifs non négociables sur un marché ou créances privées sont affectés en garantie au moyen de leur cession à la Banque de France selon les modalités prévues par les articles L.313-23   L. 313-34 du Code monétaire et financier (*cession Dailly*). », décision né 2010-04 du gouverneur de la Banque de France, précité, p. 53.

¹⁵³¹ Il est possible de s'interroger sur ce choix de compétence qui induit la nature privée des contrats conclus avec l'Eurosystème. Sans entrer dans les détails des Statuts juridique de la Banque de France, qui est une institution publique *sui generis*, d'après un arrêt du Conseil d'état du 21 février 2003, il faut juste rappeler que la monnaie est une prérogative attachée à la souveraineté des  tats et que, comme le rappelle G. Burdeau : « *la monnaie constitue un service public* » (BURDEAU G., « L'exercice des compétences monétaires par les  tats », précité, p. 238).

¹⁵³² SAUVE J.-M., « Pour un développement maîtrisé du contrat » in CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public 2008*, La Documentation française, Paris, 2008, 298p., pp. 7-10. Le rapport du Conseil d'état souligne que « *Le recours au contrat comme support aux interventions économiques de la puissance publique ne surprend guère car c'est son mode traditionnel et privilégié d'intervention en la matière en complément de la réglementation unilatérale* » (p. 57).

¹⁵³³ Voir, AMSELEK P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », précité, pp. 291-292.

¹⁵³⁴ Voir par exemple l'Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe I, pt. 1.3.1.

¹⁵³⁵ « *La banque centrale est en mesure d'influencer les conditions du marché monétaire et de piloter les taux d'intérêt à court terme en signalant l'orientation de sa politique monétaire et en gérant la liquidité sur le marché. C'est ainsi qu'elle assure la stabilité des prix à moyen terme. Néanmoins, une modification des taux d'intérêt du marché monétaire par la banque centrale n'a qu'un impact indirect sur le niveau des prix* », MARTUCCI F, *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 362.

¹⁵³⁶ Le même conclusion vaut pour le cours international d'une monnaie, ainsi que le précise G. Burdeau : « *Dans un système de flottement généralisé, le seul moyen dont disposent les autorités d'émission de monnaie pour défendre sa parité repose sur les déclarations publiques susceptibles d'influencer sur ce phénomène de*

ouverte du droit¹⁵³⁷. En premier lieu, l'action de la Banque centrale se fait normative car elle se sert des réalités du marché monétaire pour l'influencer (A). Par là, elle n'aura d'influence que sur les taux d'intérêts à court terme. Le long terme dépend des anticipations des contreparties. Afin de les influencer, la banque centrale doit communiquer (B).

A. *L'instrumentalisation de l'économie dans un but normatif*

Pour avoir un impact sur les taux d'intérêt pratiqués par les contreparties, l'Eurosystème doit s'assurer que celles-ci viendront lui demander des liquidités et plus largement qu'elles ont besoin de lui. Or, les contreparties ont deux possibilités : soit se prêter des liquidités entre elles, soit en demander à la banque centrale. Pour certains économistes, tenants du *free banking*, le marché monétaire peut se passer d'une banque centrale et fonctionner uniquement par les relations entre banques¹⁵³⁸. D'autres, au contraire, estiment indispensable la présence d'une banque centrale. Dans les faits, sans préjuger de la véracité d'une théorie ou de l'autre, l'Eurosystème joue un rôle majeur¹⁵³⁹.

En premier lieu, il organise les systèmes de compensation et de paiement, assurant ainsi la fluidité des relations interbancaires. Ensuite, il abrite les comptes des contreparties qui effectuent les opérations entre elles par ce biais. Jouant de cette dépendance à son égard, le système va alors venir instrumentaliser celle-ci dans le but de transmettre au marché monétaire le taux d'intérêt décidé par les gouverneurs. Cette décision prise mensuellement est un acte juridique, même s'il n'est pas formel. De ce point de vue, il s'agit juste d'un communiqué de presse de la BCE. Cependant, la Cour de justice est compétente pour en contrôler la légalité¹⁵⁴⁰. Le taux d'intérêt se concrétise par les opérations entre banques centrales et contreparties qui se pratiquent à ce taux, ou à des taux avoisinant (pour les facilités permanentes et les appels d'offre à taux variable) et ainsi dans les contrats.

2

croyance collective ou les interventions des banques centrales en vue de soutenir la monnaie », « L'Euro et l'évolution du droit international monétaire » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 473-489, ici p. 478.

¹⁵³⁷ F. Martucci faisait le constat suivant : « *Eminemment empirique, le mécanisme de transmission de la politique monétaire relève d'une considération de pur fait sur lequel la science juridique n'a pas de prise. Serait-ce à dire que le droit a cédé au marché et que la politique monétaire aurait définitivement rejoint le royaume des faits ? Mais la règle juridique n'a pas déserté le champ de la politique monétaire. Au contraire, il revient au juriste de droit public de réfléchir sur les techniques nécessaires à la conduite de la politique monétaire.* », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 362.

¹⁵³⁸ Voir, ROSSI S., *Modalités d'institution et de fonctionnement d'une banque centrale supranationale*, précité, pp. 57-64

¹⁵³⁹ Il est ici possible de transposer à l'Eurosystème ce que le E. Alfandari disait à propos du système monétaire français, « *En réalité, on ne peut comprendre la création de monnaie scripturale que si l'on admet que les banques, qui sont à l'origine de cette création, ont reçu une sous-délégation de la Banque de France en raison de la participation à un système contrôlé par elle. Par le jeu des comptes courants à la Banque de France, la monnaie scripturale est un sous-produit de la monnaie émise par la Banque centrale.* », ALFANDARI E., « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », précité, p. 149.

¹⁵⁴⁰ « *La décision fixant le taux d'intérêt est en effet un acte juridique susceptible d'un recours en annulation.* », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 391. Evidemment, seules les requérants privilégiés seront recevables à agir et la Cour de justice opérera un contrôle restreint.

Au-delà des contrats, c'est l'ensemble des opérations faites par l'Eurosystème qui participent à la normativité de cette décision (2). Or, ces opérations reposent sur un présupposé indispensable : les contreparties doivent avoir besoin de la liquidité de la banque centrale, ce dont cette dernière s'assure au moyen d'un instrument juridique contraignant (1).

1) L'utilisation du droit pour créer un besoin économique

La gestion efficace de la création monétaire passe par l'instauration d'une relation de dépendance des contreparties à l'égard de la BCE¹⁵⁴¹. Cette dépendance passe par la fourniture de liquidités. Lorsqu'une banque cherche de la liquidité, elle peut soit la trouver sur le marché monétaire (auprès d'autres banques), soit auprès de la banque centrale. Afin de s'assurer qu'elle ira bien auprès de lui, l'Eurosystème a décidé d'accentuer ce besoin de liquidité en imposant aux contreparties de constituer auprès de lui des réserves obligatoires. En leur imposant d'immobiliser de la liquidité dans ce but, le système s'assure d'un manque de liquidité qu'il devra combler par le biais des opérations d'*open-market*. La constitution des réserves obligatoires est la seule obligation assortie de sanctions imposée aux banques, dans le domaine de la politique monétaire.

Les modalités de constitution des réserves obligatoires ont été posées par le Conseil¹⁵⁴² et la BCE a ensuite adopté son règlement en la matière¹⁵⁴³. Comme vu précédemment, ce sont les contreparties qui sont soumises à cette obligation de réserve¹⁵⁴⁴. L'article 7 précise la période de constitution de ces réserves. Elle est alignée sur la prise de décision du conseil des gouverneurs en matière monétaire, pour éviter des irrégularités sur le marché liées à des phénomènes de spéculation et d'anticipation sur d'éventuels changements de cette politique¹⁵⁴⁵. L'article 8 est consacré à la rémunération de ces réserves qui se fait « *à un taux correspondant à la moyenne des taux de la BCE pour les opérations principales de refinancement de l'Eurosystème (pondérée en fonction du nombre de jours calendaires) pour la période de constitution considérée* » (paragraphe 1), conformément à l'article 19 paragraphe 1 des statuts. La rémunération des réserves n'était pas acquise et était sujette à discussion dans la doctrine¹⁵⁴⁶. Conformément à l'article 1 4) du règlement du Conseil relatif

¹⁵⁴¹ « *For central banks to be able to influence the interest rate prevailing in an economy in this way, the banking system as a whole should depend upon the furnishing of central bank money* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 225.

¹⁵⁴² Règlement 2531/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne, précité.

¹⁵⁴³ Règlement 1745/2003/CE de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

¹⁵⁴⁴ Voir *supra* chapitre précédent.

¹⁵⁴⁵ Au départ, la période de constitution des réserves n'était pas alignée sur la prise de décision, ce qui a pu engendrer ce type de problèmes. Sur ce thème, voir BCE, « Les modifications du cadre opérationnel de la politique monétaire », *Bulletin Mensuel*, Août 2003, pp. 41-55 et « Premier bilan des modifications du cadre opérationnel de l'Eurosystème pour la mise en œuvre de la politique monétaire », *Bulletin Mensuel*, Février 2005, pp. 65-72.

¹⁵⁴⁶ Sur ce débat, voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, pp. 275-276.

aux pouvoirs de sanction de la BCE¹⁵⁴⁷, la non-constitution des réserves obligatoires est une infraction pouvant donner lieu à sanction de la part de l'Eurosystème. Les sanctions sont pécuniaires.

La réglementation générale précise aussi que « *l'Eurosystème peut suspendre l'accès des contreparties aux opérations d'open market en cas de manquement grave à leurs obligations de constitution de réserves* »¹⁵⁴⁸. La base juridique de telles sanctions est floue car ni les règlements du Conseil, ni ceux de la BCE relatifs aux réserves comme aux sanctions ne prévoient une telle possibilité. Celle-ci n'est pas précisée dans la « documentation générale ». Ce type de sanction apparaît comme une création de ce document, qui précise pourtant qu'il ne crée ni droit, ni obligation pour les contreparties...

Seules obligations assorties de sanction dans le domaine monétaire, les réserves obligatoires jouent un rôle crucial. L'utilisation des réserves obligatoires reçoit l'opposition des économistes et des contreparties¹⁵⁴⁹. Elles servent à la « *stabilisation des taux d'intérêt du marché monétaire* » mais surtout à « *la création ou à l'accentuation d'un déficit structurel de liquidité* »¹⁵⁵⁰. Ainsi, l'Eurosystème admet que « *Les réserves obligatoires de l'Eurosystème contribuent à faire apparaître ou à accentuer un besoin structurel de refinancement. Cette fonction peut contribuer à améliorer la capacité de l'Eurosystème à intervenir efficacement comme pourvoyeur de liquidités* »¹⁵⁵¹. Il s'agit d'ailleurs plus d'accentuer un déficit de liquidité qui existe déjà¹⁵⁵².

Dans ce contexte, « *l'Eurosystème agit comme un pourvoyeur marginal de liquidité et peut ainsi piloter les taux d'intérêt du marché monétaire* »¹⁵⁵³. L'Eurosystème se sert ainsi de ce besoin de liquidité pour transmettre ses décisions politiques au marché et ainsi leur donner la normativité qu'elles nécessitent.

2) L'instrumentalisation de l'économie dans un but normatif

¹⁵⁴⁷ Règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité.

¹⁵⁴⁸ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème, précité, Annexe 1, pt. 2.3.

¹⁵⁴⁹ « *L'utilisation des réserves obligatoires fait l'objet de critiques tant de la part des contreparties, qui y voient une contrainte, que des spécialistes de la politique monétaire, qui contestent leur efficacité en tant qu'instrument de politique monétaire* », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 395. D'autant que, comme le précise S. Rossi, « *l'instrument des réserves obligatoires n'est aujourd'hui plus utilisé dans la plupart des pays avancés* », ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 246.

¹⁵⁵⁰ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème, précité, Chapitre 7 de l'Annexe I. L'orientation décrit plus amplement la première fonction ainsi : « *Le mécanisme de constitution en moyenne des réserves obligatoires de l'Eurosystème vise à stabiliser les taux d'intérêt du marché monétaire en incitant les établissements de crédit à lisser les effets des variations temporaires de liquidités* » Annexe I, pt. 7.1 a.

¹⁵⁵¹ *Ibidem.*

¹⁵⁵² Pour la BCE, « *le système bancaire de la zone euro enregistre un déficit global de liquidité et est tributaire du refinancement de l'Eurosystème* », BCE, « Le cadre opérationnel de l'Eurosystème : description et première évaluation », précité, p. 31.

¹⁵⁵³ *Ibidem.*

Le processus, par lequel les décisions et objectifs de politique monétaire décidés par l'Eurosystème sont relayés au marché, est qualifié de transmission. Ce processus est le fruit, à court terme, de l'action du système au sein du cadre opérationnel et à long terme, des anticipations du marché. Ces dernières sont étudiées au paragraphe suivant. Le cadre opérationnel permet de piloter les taux d'intérêt pratiqués sur le marché monétaire¹⁵⁵⁴. Tous les instruments étudiés précédemment permettent de l'encadrer. L'Eurosystème se base sur l'EONIA, qui mesure le taux au jour le jour sur le marché interbancaire¹⁵⁵⁵. Les taux pratiqués par l'Eurosystème lors de la mise en œuvre du cadre opérationnel avoisinent tous le taux directeur et encadrent ainsi les taux sur le marché interbancaire¹⁵⁵⁶.

Grace à sa structure et aux réserves obligatoires¹⁵⁵⁷, le marché monétaire connaît un déficit de liquidité. Les banques en excédent ont alors le choix de prêter leur surplus de liquidité sur le marché ou de le déposer auprès de la BCE. Les banques en déficit cherchent de la liquidité à moindre coût. Leur première possibilité est d'utiliser les facilités permanentes. Mais la facilité de dépôt est rémunérée 0,75% en dessous du taux directeur et la facilité de prêt à 0,75% au dessus. De ce fait : « *Les taux des deux facilités permanentes constituent (...) un corridor qui limite ainsi la volatilité des taux au jour le jour* »¹⁵⁵⁸. Les banques vont chercher en priorité à se prêter entre elles. Ainsi, celles en excédent pourront le prêter à un taux plus avantageux que celui de la facilité de dépôt et celles en déficit emprunter à un taux moins élevé que celui de la

¹⁵⁵⁴ « *La mise en œuvre de la politique monétaire intervient par le biais du cadre opérationnel de la politique monétaire. Les opérations de politique monétaire marquent le début de la transmission de cette orientation en pilotant le coût marginal des banques. D'une manière générale, l'Eurosystème y parvient en allouant un montant de liquidité qui permet aux établissements de crédit de la zone euro de satisfaire leurs besoins de liquidité à un prix conforme aux taux directeurs fixés par les autorités monétaires.* », BCE, « L'orientation de la politique monétaire au cours de la crise financières », *Bulletin mensuel*, Janvier 2010, pp. 63-71, p. 65.

¹⁵⁵⁵ Euro Overnight Index Average (EONIA) : « *A measure of the effective interest rate prevailing in the euro interbank overnight market. It is calculated as a weighted average of the interest rates on unsecured overnight lending transactions denominated in euro, as reported by a panel of contributing banks.* », Source, www.ecb.eu.

¹⁵⁵⁶ « *Une fois ses taux d'intérêt directeurs fixés, la BCE met en œuvre sa politique monétaire en allouant le montant de liquidité dont le secteur bancaire a besoin pour satisfaire la demande résultant des facteurs dits autonomes et pour constituer des réserves obligatoires. (...) Les facteurs dits autonomes sont définis comme étant la somme des billets en circulation plus les dépôts des administrations publiques moins les réserves nettes de change plus les autres facteurs. Les réserves obligatoires correspondent aux soldes que la BCE impose aux établissements de crédit de détenir sur des comptes ouverts auprès des BCN.* », BCE, « Les mesures prises par la BCE en réponse à la crise financière », précité, p. 61.

¹⁵⁵⁷ Juridiquement, il semble que les réserves obligatoires soient une première étape vers la participation aux opérations d'*open market* : « *La demande d'autorisation de constituer des réserves obligatoires par le biais d'un intermédiaire en vertu du paragraphe 1 est adressée à la banque centrale nationale de l'État membre participant dans lequel le demandeur est établi. La demande est accompagnée d'une copie de la convention passée entre l'intermédiaire et l'établissement demandeur dans laquelle les deux parties expriment leur consentement à cet arrangement. La convention précise également si le demandeur souhaite avoir accès aux facilités permanentes et aux opérations d'*open market* de l'Eurosystème.* », règlement 1745/2003/CE de la BCE du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), art. 10 §2 (nous soulignons).

¹⁵⁵⁸ BCE, « Les opérations d'*open market* de l'Eurosystème lors de la période récente de volatilité des marchés de capitaux », *Bulletin mensuel*, Mai 2008, pp. 89-105, ici p. 90.

La BCE explique ce phénomène en ces termes : « *The interest rate on the marginal lending facility is normally substantially higher than the corresponding money market rate, and the interest rate on the deposit facility is normally substantially lower than the money market rate. As a result, credit institutions normally only use the standing facilities in the absence of other alternatives* », ECB, *The monetary policy of the ECB*, ECB, Francfort-sur-le-Main, 2011, p. 99.

facilité de prêt. Les facilités permanentes sont un dernier recours. Les banques préfèrent participer aux opérations de refinancement, pour leurs besoins de liquidité. Les contreparties participent de manière volontaire à ces opérations¹⁵⁵⁹, lorsqu'elles pensent qu'elles ne pourront pas obtenir sur le marché un taux plus bas que celui proposé par la BCE, dans le cas des appels d'offre à taux fixe. Dans le cas des appels d'offre à taux variable, où chaque banque propose aussi le montant de liquidité qu'elle souhaite obtenir, la BCE sert en premier les offres au taux le plus élevé jusqu'à épuisement du montant engagé par elle.

Pour schématiser, le système utilise les instruments du marché pour encadrer les pratiques de ce dernier. Il commence par créer un manque, obligeant les banques à se prêter entre elles ou à s'adresser au système. Avec les facilités permanentes, il le borne. Aucune banque n'ira prêter de la liquidité pour un taux plus bas que celui des facilités permanentes, ni aucune autre en emprunter pour un taux plus élevé. En manque structurel de liquidité, le marché doit constamment s'approvisionner auprès des banques centrales. Le coût de cet apport de liquidité va ainsi devenir le coût normal d'achat de liquidité. Aucune banque n'ira emprunter de la liquidité à une autre, si celle-ci lui propose un taux plus élevé que celui pratiqué par l'Eurosystème¹⁵⁶⁰. Les contreparties ne sont en aucun cas obligées de participer aux opérations de l'Eurosystème ou d'utiliser les facilités permanentes ; en revanche elles en retirent un bénéfice en pouvant se financer¹⁵⁶¹.

L'analyse juridique d'un tel comportement peut s'analyser en terme de « *sanctions positives* » pour reprendre le vocabulaire de N. Bobbio et participer de ce qu'il appelle la « *fonction promotionnelle du droit* »¹⁵⁶². Cette fonction promotionnelle est liée à l'apparition de l'État providence qui cherche à avoir un contrôle sur l'économie¹⁵⁶³. Néanmoins, les techniques

¹⁵⁵⁹ Sur cette base, R. Smits oppose les « *regulatory instruments* » et « *market instruments* » (voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 226).

¹⁵⁶⁰ « *Les taux d'intérêt à court terme du marché monétaire tels que l'Eonia sont normalement pilotés en fonction du taux de soumission minimal, après adjudication, dans le cadre des opérations principales de refinancement, d'un montant de liquidité permettant aux établissements de crédit de constituer sans difficulté leurs réserves obligatoires au cours d'une période de constitution des réserves (qui dure environ un mois). Le montant alloué lors de ces opérations tient compte non seulement des besoins de refinancement résultant des "facteurs autonomes", mais également de la liquidité fournie par le biais d'autres opérations, généralement les opérations de refinancement à plus long terme. Les taux d'intérêt appliqués aux facilités permanentes de la BCE permettent de limiter efficacement la fourchette de variation des taux d'intérêt au jour le jour : la facilité de prêt marginal permet aux établissements de crédit de recevoir de la BCE de la liquidité au jour le jour, tandis que la facilité de dépôt leur permet de placer au jour le jour leurs excédents de liquidité.* », BCE, « L'orientation de la politique monétaire de la BCE au cours de la crise financière », précité, pp. 65-66.

¹⁵⁶¹ « *Market instruments, however, are used on terms to which the central bank's counterparties agree. They are not bound to engage in these operations, although in circumstances of money market shortages, borrowing from the central bank may, in practice, be unavoidable. Central banks and their counterparties may even obtain advantageous results from these operations.* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 226.

¹⁵⁶² BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, traduit par Guéret M. et Agistini C., Bruylant, Louvain, 1998, 286 p. et notamment le chapitre « La fonction promotionnelle du droit » (pp. 65-77) et « Les sanctions positives » (pp. 175-181).

¹⁵⁶³ « *A la suite de la profonde transformation qui a partout donné naissance au Welfare State, les organes publics poursuivent de nouvelles fins assignées à l'État à l'aide de nouvelles techniques de contrôle social, différentes des techniques traditionnelles.* » (*idem*, p. 65). Il oppose alors les techniques fondées sur la contrainte et la sanction et celles fondées sur l'incitation et la récompense. Dans ce cadre, « *la sphère économique se trouve*

auxquelles fait appel l'Eurosystème ne sont pas nouvelles. Au contraire, ce sont des techniques classiques de contrôle du crédit par les banques centrales¹⁵⁶⁴. La spécificité de l'objet monétaire, objet virtuel reposant sur une fiction au sein de laquelle le secteur bancaire privé joue un rôle crucial, a empêché une totale emprise d'une vision classique du droit reposant sur un ordre de contraintes assorties de sanctions.

Au contraire, insaisissable par l'Etat, il a toujours été contrôlé par des techniques souples liant droit et économie. Pour N. Bobbio, « *un ordre promotionnel cherche à atteindre sa fin propre par le biais {de} trois opérations (...), en cherchant à rendre nécessaire, facile ou avantageuse l'action désirée* »¹⁵⁶⁵. Par trois opérations, l'auteur entend des « *mesures directes* » qui influencent directement le destinataire par une contrainte ou une récompense¹⁵⁶⁶. Les réserves obligatoires relèvent de cette catégorie. Elles coexistent avec des mesures que l'auteur appelle « *indirectes* » car elles cherchent « *à influencer, par des moyens psychiques, l'agent dont on cherche à éviter ou dont on désire un comportement déterminé* »¹⁵⁶⁷. Dans ce cas-là il y a ce qu'il appelle « *encouragement* » : « *Nous définissons par encouragement l'opération par laquelle A cherche à influencer le comportement désiré – positif ou négatif –, soit en facilitant, soit en lui attribution des conséquences agréables* »¹⁵⁶⁸. Il y a, selon N. Bobbio, deux modalités de l'encouragement : « *la sanction proprement dite, sous forme de récompense, {qui} vient après l'accomplissement du comportement* » et « *la facilitation {qui} précède ou accompagne le comportement que l'on veut encourager* »¹⁵⁶⁹. Le système use de ces deux techniques. Par le biais de l'organisation des systèmes de paiement, il encourage les contreparties à participer aux opérations qui sont proposées par le cadre opérationnel¹⁵⁷⁰. Leur participation effective est récompensée par le gain qu'elles en retirent, notamment de financement à moindre coût.

2

nettement distinguée de la sphère d'activité politique ; les divers emplois des deux leviers fondamentaux du mouvement social deviennent leurs critères de distinction. Le levier à partir duquel se meut la société économique est la récompense ; celui de la société politique est la peine. » (p. 70). Dans la grille d'analyse de Bobbio, il est délicat de classer les pouvoirs de la BCE qui font appel tantôt à la contrainte et à la peine (réserves obligatoires) et d'autres à la récompense.

¹⁵⁶⁴ Ces techniques sont en réalité anciennes. Il est délicat d'en dater l'apparition mais elles se pratiquaient déjà dans l'immédiat après-guerre. Pour une description de ces pratiques, très répandues, dans les pays de la CEE, en 1972 voir le rapport publié par la Comité monétaire cette année là (Communautés Européennes Comité monétaire, *La politique monétaire dans les pays de la Communauté économique européenne, Institutions et instruments*, précité) et notamment le Chapitre 3 de la Première partie : « *Les instruments de la politique monétaire* », pp. 51-73.

¹⁵⁶⁵ Par opposition à « *un ordre juridique répressif {qui} utilise trois types d'opérations distinctes, qui constituent trois manières d'empêcher une action non voulue : en la rendant impossible, difficile ou désavantageuse* », BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, précité, p. 74.

¹⁵⁶⁶ « *Le premier type d'opération, consistant à faire en sorte que le destinataire de la norme soit mis en condition de ne pouvoir – matériellement – soit la violer, soit se soustraire à son exécution, entre dans le groupe des mesures directes* », *ibidem*.

¹⁵⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 74-75.

¹⁵⁶⁹ *Idem*, p. 75

¹⁵⁷⁰ Les comptes TARGET sur les lieux privilégiés d'exécution des opérations de politique monétaire.

Par rapport à la définition donnée par N. Bobbio, le comportement de l'Eurosystème est plus passif. La sanction positive¹⁵⁷¹ n'est pas directement le fruit de son intervention directe. Au contraire, elle se contente d'utiliser la structure du marché à son profit. Ce paramètre est indispensable pour comprendre la normativité de l'Eurosystème. Face à un marché aussi délicat à contrôler que le marché monétaire, il ne peut réellement lui imposer des normes ou des structures. Pour F. A. Hayek, la construction d'ordres spontanés par le marché est plus efficace que celle mise en place par une volonté extérieure¹⁵⁷². C'est à raison que l'Eurosystème n'a pas cherché à construire un marché monétaire de l'euro, mais a bâti – au contraire – ses règles d'organisation sur les structures du marché existant. Au contraire, c'est en s'adaptant à ses modalités de fonctionnement, en les facilitant et en en jouant qu'il peut réussir à l'influencer. Cependant, l'influence du cadre opérationnel se limite aux taux d'intérêts à court terme. Pour influencer ceux de long terme, il doit jouer sur les anticipations du marché, par le biais de sa communication.

B. La communication comme action normative

La communication joue un rôle majeur dans l'activité des banques centrales. Au-delà du caractère indispensable de la transparence de la Banque centrale comme pendant à son indépendance, la communication est utilisée comme un outil d'influence sur les contreparties. Une telle conclusion n'est pas propre aux banques centrales. Face au manque d'effectivité des techniques juridiques traditionnelles basées sur le commandement, G. Majone constate la montée en puissance de la régulation par le biais de l'information permettant alors de convaincre au lieu de contraindre¹⁵⁷³. Ce constat s'avère déterminant pour les agences de l'Union, qui ne disposent pas d'un pouvoir réglementaire¹⁵⁷⁴. D'autant que le marché s'avère parfois incapable de fournir l'information adéquate¹⁵⁷⁵.

Encore une fois, le système pourra utiliser les défaillances du marché à son avantage. Les outils principaux utilisés par l'Eurosystème sont la conférence de presse donnée par le Président de la BCE à l'issue de chaque réunion du Conseil des gouverneurs et le rapport

¹⁵⁷¹ D'autant que N. Bobbio retient une définition assez étroite du terme : « *on peut parler de sanction juridique positive lorsque l'obligation secondaire d'une prestation est une obligation juridique ; autrement dit, lorsqu'il existe, au profit du détenteur de cette obligation, une garantie relative à son exécution par le moyen de la contrainte* », BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, précité, p. 179.

¹⁵⁷² « *La première particularité des ordres spontanés est que, en utilisant ses forces créatrices (la régularité de la conduite de ses membres), nous pouvons constituer un ordre à partir d'un ensemble de faits bien plus complexe que nous pourrions le faire par un arrangement délibéré* », HAYEK F.A., « Les principes d'un ordre social libéral », précité, pp. 250-251. L'idée est récurrente chez l'auteur et rythme les trois tomes de *Droit, législation et liberté*.

¹⁵⁷³ « *the shift to modes of regulation based on information and persuasion, rather than command and control, should be seen as part of a general reappraisal of the role of public policy in an increasingly complex and interdependent world* », MAJONE G., « The new European agencies: regulation by information », *JEPP*, 1997 Vol. 4 n°2, pp. 262-275, ici . 269.

¹⁵⁷⁴ *Idem*, p. 264.

¹⁵⁷⁵ « *An important justification for the public regulation is the existence of information failures – the fact that the market does not always provide the type and amount of information which consumer, workers or investors need in order to make rational choices. However, public regulation does not have to take the form of rule-making and mandatory standards. As suggested above, one important alternative strategy is to provide reliable information to people exposed to particular type of risk* », *idem*, p. 266.

mensuel publié par la BCE. Ce dernier reprend les arguments que le gouverneur mobilise pour justifier des décisions prises. Il indique les analyses de la situation économique faites par l'Eurosystème et surtout les perspectives d'évolutions futures. Ce dernier point est fondamental. La BCE se pose en experte de ces questions et fait partager son expertise à l'ensemble du marché. Elle espère non seulement l'informer de ses analyses mais aussi influencer le comportement des contreparties et notamment leurs anticipations. D'un point de vue juridique, une telle action est normative par la personnalité même de son auteur (1). Cette communication a d'autant plus d'importance que les anticipations jouent un rôle majeur dans la régulation du marché monétaire. La BCE espère ainsi influencer les anticipations des contreparties avec les arguments développés dans les rapports mensuels (2).

1) L'Eurosystème, une figure d'autorité pour le marché monétaire

Les traités imposent à la BCE de publier un rapport « *au moins chaque trimestre* »¹⁵⁷⁶. Elle en publie un par mois et la majorité des BCN aussi¹⁵⁷⁷. Rien n'oblige le gouverneur à tenir une conférence presse. Il en tient une par mois où il lit un communiqué exposant les raisons qui justifient la décision prise par le conseil, puis il se livre à un exercice de questions-réponses avec des journalistes. L'exercice pourrait paraître périlleux. Il est indispensable car la parole de la BCE – ici comme représentante du système – doit être entendue. D'un point de vue juridique, le rapport mensuel et la conférence de presse constituent ce que N. Bobbio appelait des conseils et entrent dans la catégorie des « *petites sources du droit* »¹⁵⁷⁸ à caractère normatif. C'est l'identité de leur auteur qui leur confère ces qualités.

La BCE est la Banque centrale de la zone euro et en tant que telle sa parole vaut plus, importe plus. Développée par P. Amselek, l'approche du droit à partir de la théorie des actes de langage de Austin est ici déterminante¹⁵⁷⁹. L'auteur rappelle qu'un acte juridique est un acte de parole analysé pour ce qu'il dit : le locutoire. Or, toute analyse doit prendre en compte le contexte : l'illocutoire¹⁵⁸⁰. Les locutoires prononcés par les institutions juridiques prennent une telle valeur par l'illocutoire qui entoure leur auteur. Il est impossible de détacher l'un de l'autre. Il faut s'interroger sur le contexte où s'inscrit un acte et l'intention de son auteur¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷⁶ Art. 15 §1 des Statuts.

¹⁵⁷⁷ Il ne sera question ici que de ceux de la BCE. Le même raisonnement pourrait être tenu pour les BCN.

¹⁵⁷⁸ Pour S. Gerry Vernière, les « *petites sources* » sont « *les actes non contraignants émanant des autorités de l'État* », GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes)*, p. 529.

¹⁵⁷⁹ Voir notamment AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage » in AMSELEK P., *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, PUF, Paris, 1986, pp. 109-163.

¹⁵⁸⁰ « *l'énoncé n'est qu'un élément d'un acte humain d'énonciation accompli dans un contexte historique intersubjectif. Cet acte humain comporte en filigrane, par-delà les paroles énoncées (le "locutoire"), des éléments intentionnels plus ou moins explicites par lesquels le locuteur a entendu assigner, dans le contexte dans lequel il se trouvait placé, une certaine fonction conventionnelle à ses paroles – ce qu'Austin appelle l'"illocutoire". L'illocutoire, c'est ce qui donne en quelque sorte son relief, sa couleur au locutoire, ce qui lui donne sa "valeur".* », *idem*, p. 111.

¹⁵⁸¹ A propos des règles juridiques, P. Amselek explique que ces « *s'inscrivent dans l'exercice de fonctions sociales spécifiques : la fonction de dirigeant public, de dirigeant de peuple. Reconnaître un énoncé comme étant une règle juridique, c'est donc reconnaître ou impliquer que cet énoncé a fait l'objet d'un acte de langage,*

Ainsi le rapport mensuel édicté par la BCE dans le contexte de sa gestion monétaire ne saurait être perçu autrement que comme participant de cette tâche. Il faut cependant reconnaître que ces actes – contrairement aux orientations – n’ont pas les caractéristiques formelles d’actes juridiques de l’Union, mais cela ne saurait leur retirer leurs qualités normatives. P. Amselek opère une différence entre les règles juridiques et les règles scientifiques. Les premières ont pour but de décrire la réalité, et les secondes, de l’influencer¹⁵⁸². Les règles scientifiques « *constituent des outils, non pas de direction servant à diriger les conduites humaines, mais de reconnaissance, servant à repérer, à reconnaître et à anticiper le mode de survenance des choses dans le cours du réel* »¹⁵⁸³. Cependant, les bulletins mensuels n’énoncent pas des règles scientifiques mais viennent décrire une réalité présente et future. Leurs propos n’ont pas la certitude des règles scientifiques.

La dernière idée avancée par le P. Amselek est fondamentale : les règles scientifiques servent à anticiper le réel, de même que le bulletin mensuel qui décrit la situation présente dans le but d’anticiper celle future. Sauf que cette anticipation n’est pas automatique. Issue de la science économique, elle ne peut avoir le degré de certitudes des normes de science dure. Cela va pousser chaque opérateur à faire ses propres anticipations. Les données descriptives du bulletin mensuel pourront alors être utilisées comme des données de ces anticipations ; elles acquièrent alors un rôle prescriptif. C’est parce qu’elles sont faites par la Banque centrale qui allie à la fois expertise et décisions politiques que ces données jouent un tel rôle. Elles peuvent alors être analysées comme des conseils.

La notion a été décrite par N. Bobbio¹⁵⁸⁴. Celui-ci met en avant les différences fondamentales entre commandement et conseil. Le conseil est fondé sur l’absence de pouvoir de contrainte de son auteur, la liberté de son destinataire, l’autorité morale ou scientifique de l’auteur et la possibilité de conséquences négatives pour le destinataire dans l’hypothèse où il ne le suivrait pas mais sans intervention de la part de l’auteur¹⁵⁸⁵. Le conseil fait appel alors à la liberté du

2

d’un acte d’édition par une autorité publique dans et pour l’exercice de ce pouvoir, de sa fonction de direction publique des conduites : c’est à cette fin, dans le contexte de l’exercice de cette fonction, que ce dire juridique a été édicté. », *idem*, p. 121.

¹⁵⁸² « *La différence entre les règles éthiques, par exemple les règles juridiques, et les règles scientifiques, c’est que les premières sont des mesures à suivre, à reproduire ; elles fixent le régime de se re-produire de certaines choses humaines aux fins que les intéressés visés ajustent leurs conduites. Tandis que les règles scientifiques donnent la mesure, non pas d’une mécanique événementielle à réaliser, mais de la mécanique événementielle du réel, de la réalité elle-même* », *idem*, p. 141. Sur ce thème voir aussi AMSELEK P., « Lois juridiques et les scientifiques », *Droits*, 1987-6, pp. 131-141.

¹⁵⁸³ *Ibidem*.

¹⁵⁸⁴ BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, précité et notamment le chapitre « Commandements et conseils » p. 141-158.

¹⁵⁸⁵ « *les caractères distinctifs considérés comme importants sont les suivants : a) celui qui commande est titulaire d’un pouvoir de contrainte ; b) le destinataire est obligé d’exécuter ce qui est commandé ; c) la raison de l’obéissance réside dans le respect pour la crainte du commandement en tant que tel (obéissance absolue) ; d) les éventuelles conséquences dommageables et l’accomplissement retombent sur celui qui commande. En sens inverse, a’) un conseiller n’est pas doté d’un pouvoir de contrainte mais possède seulement une vis directiva ; b’) le destinataire est libre de suivre ou de ne pas suivre le conseil ; c’) la raison de l’obéissance tient au caractère de ce qui est conseillé (obéissance conditionnée) ; d’) les éventuelles conséquences dommageables de la réalisation retombent principalement sur le conseillé ; e’) la sanction consiste dans une conséquence incertaine et indépendante de la volonté du conseiller* », *idem*, p. 154.

destinataire¹⁵⁸⁶. Rien ne lui impose de le suivre¹⁵⁸⁷. Il est cependant incité à le faire pour deux raisons. Tout d'abord, l'autorité du conseiller et notamment son expertise¹⁵⁸⁸, ou à tout le moins son raisonnement : il doit réussir à convaincre que la position qu'il adopte est la bonne et que les autres doivent faire de même¹⁵⁸⁹. Ensuite car le non-respect du conseil peut avoir des conséquences négatives pour celui qui ne le suivrait pas. Cela reste néanmoins potentiel et ne dépend pas de la volonté de l'auteur. A cet argument de N. Bobbio, il est possible d'en rajouter un autre, évoqué par S. Gerry-Vernieres afin de reconnaître la portée des « petites sources » : l'imbrication des pouvoirs. Les autorités qui édictent des conseils ont bien souvent le pouvoir d'adopter des actes obligatoires. Elles peuvent alors suivre leur propre conseil dans leurs prérogatives de décisions et alors les administrés auront tout intérêt à l'avoir aussi suivi¹⁵⁹⁰.

Le bulletin mensuel de la BCE et la conférence de presse¹⁵⁹¹ peuvent être analysés ainsi. Il s'agit en réalité de conseils à l'intention des acteurs du marché monétaire de suivre les prévisions de la BCE. Les bulletins mensuels sont largement documentés et comportent énormément de tableaux et graphiques venant étayer la position de la BCE. Cette dernière cherche ainsi à convaincre son lecteur. Celui-ci sera d'autant plus tenté de reprendre à son compte ces analyses – ou au moins les données – qu'il sait que les gouverneurs se fondent dessus pour prendre leurs décisions et qu'il a tout intérêt à les suivre s'il veut que ses anticipations soient bonnes. Là se trouve le désagrément potentiel pour lui. S'il ne suit pas le conseil donné par le bulletin mensuel, notamment, il peut être pris au dépourvu lors d'un changement de taux directeur par la BCE et ainsi avoir fondé ses anticipations sur des données fausses. Dans leur capacité à influencer le comportement des individus, on peut alors dire que les bulletins mensuels sont normatifs.

Mais constituent-ils pour autant des règles de droit. N. Bobbio s'y oppose et estime que les conseils ne sont pas assortis de sanctions et ne sauraient alors constituer des règles de droit¹⁵⁹². Or, si, comme P. Amselek, on ne retient pas cette définition de la règle de droit, la

¹⁵⁸⁶ « *Le conseil se situe donc dans une zone intermédiaire ; il élimine le caractère exclusif de l'obligatoire (...) mais ne mène pas à l'indifférence d'une pure faculté de ne pas faire (...) il indique une comparaison entre I et non-A et, une préférence – conseiller A signifie que I est meilleur que non-A* », *idem*, p. 148

¹⁵⁸⁷ Cette liberté semble inhérente au destinataire de toute règle de droit dans l'analyse de P. Amselek « *Philosophie du droit et théorie des actes de langage* », précité, pp. 151-152.

¹⁵⁸⁸ « *on demande aussi au conseiller qu'il soit supérieur en prestige au conseillé* », BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, précité, p. 147.

¹⁵⁸⁹ « *Celui qui conseille ne met pas en avant son propre pouvoir, mais avance des arguments dans le but de persuader, d'obtenir l'approbation de la valeur de ce qui est conseillé. Il ne demande pas que la conduite conseillée soit exécutée parce qu'elle est conseillée, mais parce qu'elle est raisonnable. Par ailleurs, le destinataire du conseil réfléchit, pèse le pour et le contre et, s'il se décide finalement à suivre le conseil, il ne le fait non pas par respect ou par crainte, mais parce que persuadé et consentant* », BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, précité, p. 150.

¹⁵⁹⁰ GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes)*, précité, pp. 211-218.

¹⁵⁹¹ La conférence de presse est qualifiée par J.-C. Trichet de « *transparence en temps réel* », TRICHET J.-C., « *Keynote speech at the Académie des Sciences Morales et Politiques* », 24 mai 2004.

¹⁵⁹² « *Lorsqu'on dit et répète que les conseils n'appartiennent pas au monde du droit, on ne veut pas seulement dire que les normes juridiques sont impératives, mais aussi que les conseils ne sont accompagnés d'aucune*

conclusion opposée s'impose¹⁵⁹³. D. de Béchillon partage cette conclusion¹⁵⁹⁴. De même pour S. Gerry-Vernieres, ce type de document constitue des « *petites sources* ».

Pour les rapports mensuels de la BCE, la conclusion se situe entre les deux. Le principal obstacle de leur reconnaissance comme acte juridique est son absence totale de respect de la moindre règle formelle, à l'inverse des communications de la Commission qui sont publiées au JO. La portée de la forme est relative, la Cour de justice se concentre d'ailleurs sur le fond des actes. Pour D. de Béchillon : « *La forme juridique, à bien des égards, n'est pas autre chose qu'un moyen extrêmement sophistiqué et efficace de mettre en évidence la légitimité du statut de celui qui prétend faire œuvre d'autorité juridique* »¹⁵⁹⁵. Or, la légitimité qui intéresse l'Eurosystème n'est pas – dans ce domaine – juridique mais économique. Il cherche à se donner du crédit aux yeux des contreparties et à donner de la crédibilité à son propos. Il n'a pas alors à s'embarrasser d'un formalisme juridique contraignant, voire contre-productif. Formellement, il n'est pas possible de considérer les bulletins mensuels comme des actes juridiques. Ces derniers participent tout de même de l'action normative de la BCE et l'aident à transmettre sa politique monétaire au marché par le biais de ses anticipations, qui sont centrales dans ce domaine.

2) L'influence des anticipations par l'Eurosystème

De manière explicite, les publications et les membres de l'Eurosystème reconnaissent chercher à influencer les anticipations des contreparties, et ces dernières suivent ses indications. Dans certains articles des bulletins mensuels, la BCE explicite sa stratégie de communication et notamment les buts qu'elle poursuit à travers elle. De manière générale, elle estime qu'« *Une bonne interaction avec le public implique que la banque centrale, en tant que "fournisseur" d'informations, et que le public, en tant que "destinataire actif" partagent un cadre et un langage commun, une compréhension commune, avec lesquels ils se sentent tous les deux à l'aise* »¹⁵⁹⁶. Sa communication ne s'adresse pas à n'importe qui mais à des initiés capables de comprendre son langage, l'« homme de la rue » n'est pas sa cible

2

obligation, qu'ils ne prescrivent aucun comportement principal ou accessoire dont la non-réalisation provoquerait une réponse prévue par ceux qui ont intérêt au respect de ces conseils. », BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*, précité, p. 154

¹⁵⁹³ « *dans la mesure où les pouvoirs publics émettent aujourd'hui, dans leur fonction gouvernementale, aussi bien des commandements que des recommandations, ces dernières me paraissent, en tant même qu'exercice d'une autorité publique, constituer elles aussi du droit, au même titre que les commandements de type traditionnel auxquels se bornait autrefois l'exercice de la puissance publique.* », AMSELEK P., « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », précité, p. 156.

¹⁵⁹⁴ « *Le conseil et l'ordre appartiennent tous deux à l'arsenal juridique désormais. Le Droit contemporain a enrichi sa palette normative. Il s'est doté de nouveaux moyens et entend réguler aussi la vie sociale sans interdire ni obliger* », BECHILLON de D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, précité, p. 194.

¹⁵⁹⁵ Il rajoute : « *L'écriture, la solennité du Droit, sa rhétorique, son appareil, ses rituels, ses procédures, sa tonalité, la structure de son langage, la manière qu'il a de s'écrire, les garanties dont il s'entoure... ; tout cela tend à montrer la même chose : que celui qui inscrit son discours dans ces formes et dans ces procédures est bien un locuteur "juridique", qu'il détient comme tel un pouvoir légitime, et qu'il peut donc, au nom du Droit, chercher à faire acte d'autorité* », idem, pp. 169-170.

¹⁵⁹⁶ BCE, « La transparence de la politique monétaire de la BCE », *Bulletin Mensuel*, précité, ici p. 60.

principale¹⁵⁹⁷. Elle s'adresse en priorité au marché dans un but normatif. L'Eurosystème communique les données sur lesquelles elle se fonde au sein du bulletin mensuel. Ce dernier « *contient de plus amples détails sur l'analyse par le Conseil des gouverneurs de la situation économique et des perspectives de stabilité des prix dans la zone euro, ainsi qu'une description détaillée des évolutions économiques de la zone euro* »¹⁵⁹⁸. Ces données participent de celles sur lesquelles vont se fonder les anticipations des opérateurs du marché et permettre ainsi qu'ils partagent tous de ce que M. Brière appelle des « *représentations collectives* »¹⁵⁹⁹.

Il est indispensable pour la BCE d'influencer les anticipations car les opérations de politique monétaire qu'elle mène au quotidien (et décrites précédemment) n'ont qu'une influence sur le taux d'intérêt de court terme. Celui de long terme ne peut être influencé que par les anticipations¹⁶⁰⁰. Les anticipations sont fondées sur des « données brutes ». Il est important pour la Banque centrale de communiquer les siennes afin de faire en sorte que le marché se base sur les mêmes qu'elles. Elles auront alors une portée normative et constitueront un conseil : le marché pourra suivre, ou non, les indications de la BCE ; ceux qui ne le font pas prennent le risque de ne pas anticiper correctement les évolutions futures du marché et notamment l'évolution de la politique monétaire. Et ça marche¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁷ La BCE le confesse à demi-mots lorsqu'elle estime que « *La stratégie de communication de la BCE doit prendre en compte la diversité des groupes cibles intéressés. Par exemple, les attentes des opérateurs de marchés financiers et des économistes relatives à la communication de la Banque centrale diffèrent de celles du grand public* », BCE, « La communication externe de la Banque centrale européenne », *Bulletin mensuel*, Février 2001, p. 61.

¹⁵⁹⁸ *Idem*, p. 62

¹⁵⁹⁹ « *On parlera de "représentations collectives" dans le cas où émerge une représentation perçue par l'ensemble des intervenants comme une référence commune sur le marché* », BRIERE M., *Formation des taux d'intérêt : anomalies et croyances collectives*. Economica, Paris, 2005, 223p., ici p 16.

¹⁶⁰⁰ « *Cet effet d'anticipation est important pour la conduite de la politique monétaire, étant donné que les banques centrales ne contrôlent directement que les taux d'intérêt à court très court terme, alors que l'anticipation de la trajectoire des taux à court terme au court du temps et les primes liées à l'incertitude jouent également un rôle pour la transmission de la politique monétaire à l'économie. Si les agents économiques parviennent à anticiper globalement les actions des autorités, cela peut raccourcir le processus par lequel la politique monétaire se répercute sur les décisions d'investissement et de consommation et accélérer les ajustements économiques nécessaires* », BCE, « La transparence de la politique monétaire de la BCE », précité, p. 62.

« *les autorités monétaires contrôlent les taux directeurs ce qui influence l'ensemble des taux d'intérêt à court terme. Les taux de long terme sont quant à eux déterminés par l'équilibre des différents marchés de créances, et dépendent des anticipations sur l'évolution future des taux courts et les développements macroéconomiques (croissance, inflation)* », BRIERE M., *Formation des taux d'intérêt : anomalies et croyances collectives*, précité, p. 74.

¹⁶⁰¹ Au sein des trois pôles de la force normative évoqués par Catherine Thieberge (voir introduction de ce chapitre), on se situe ici au sein de la « *portée normative (...) celle de son effectivité sur le terrain. Il s'agit d'observer les effets produits par la norme, la manière dont la norme est reçue et perçue par ses destinataires* ». Pour la mesurer, il faut « *évaluer socialement la force exercée par la norme, c'est-à-dire sa portée effective* », ce qui n'est pas toujours évident (THIBERGE C., « Le concept de "force normative" », respectivement p. 822 et 833). Dans le domaine précis des anticipations, des études ont été menées par les économistes et il est possible de se référer à leurs travaux pour mesurer cette portée normative. C'est ce raisonnement qui sera suivi ici en se référant à la thèse de Marie Brière précité et qui s'appuie sur des études historiques et de terrain, notamment dans les salles de marché.

Pour M. Brière, au-delà de former des anticipations, le marché fonctionne avec des « représentations "collectives" » à savoir « les modèles du fonctionnement de l'économie, des marchés et de la politique monétaire, qui sont perçus par l'ensemble des intervenants comme une référence commune, et qui leur permet de se coordonner »¹⁶⁰². Or, dans la formation de ces représentations, les banques centrales jouent un rôle déterminant car « ces représentations collectives ne se forment pas de façon autoréférentielle sur le marché. Elles sont influencées par deux types d'acteurs : les banques centrales et les économistes travaillant pour les grandes banques ou institutions financières »¹⁶⁰³. Deux raisons expliquent le rôle des banques centrales : leur légitimité et leur communication¹⁶⁰⁴. La première dérive de leur pouvoir en matière de politique monétaire ainsi que de leur expertise¹⁶⁰⁵. La seconde induit le fait que « Leurs conceptions de politique monétaire et leur analyse de la situation économique, parce qu'elles sont largement diffusées (et de ce fait connaissance commune sur le marché), fournissent aux intervenants des repères pour coordonner leurs anticipations »¹⁶⁰⁶.

L'idée de représentation collective ainsi dégagée met en avant le rôle normatif de la communication de la BCE. Il faut rajouter à cette communication « factuelle » des données sur lesquelles se base la politique monétaire, celles faites en amont sur la stratégie et les instruments de politique monétaire qui jouent aussi un rôle central dans les anticipations. Ainsi, l'Eurosystème peut maîtriser les anticipations et les taux d'intérêt à long terme dont la détermination est le fruit du taux d'intérêt de court terme et des représentations du marché monétaire sur le long terme. La crise financière a grippé ce mécanisme où la BCE avait de plus en plus de mal à se faire entendre et à se procurer des informations sur le marché¹⁶⁰⁷. Cependant, le rôle d'intermédiation endossé par la BCE a permis de limiter l'impact de ce dysfonctionnement.

¹⁶⁰² BRIERE M., *Formation des taux d'intérêt : anomalies et croyances collectives*, précité, p. 76.

¹⁶⁰³ *Idem*, p. 191.

¹⁶⁰⁴ « Les banques centrales jouent un rôle crucial du fait de leur forte légitimité auprès des marchés (elles ont la capacité d'influencer les taux d'intérêt à court terme et une réelle expertise dans l'analyse de la situation économique), mais aussi grâce à leur politique de communication (discours, conférences de presse, etc.). En effet, la très large diffusion de leurs vues, notamment en ce qui concerne la conduite de la politique monétaire et l'analyse de la situation économique, rend possible la coordination des agents. Comme chacun sait que tous les écoutent avec attention, cela permet aux intervenants de se polariser sur une interprétation identique, et de faire un tri parmi les informations, en se focalisant sur celles que les banques centrales mentionnent explicitement comme importantes », *idem*, p. 169.

¹⁶⁰⁵ « Les marchés reconnaissent également aux banques centrales une grande expertise pour analyser la situation économique et faire des prévisions. Ils considèrent qu'elles surveillent très étroitement un très grand nombre d'indicateurs économiques, ce qui leur permet de mettre en œuvre le plus finement possible leur politique monétaire. Comme les opérateurs sur le marché n'ont ni la capacité ni le temps de mener un examen aussi détaillé, ils s'en remettent bien souvent à l'analyse formulée par les banques centrales concernant la situation économique, ce qui se reflète alors directement dans les prix des actifs, en particulier dans les taux longs. Ceci étant, en se concentrant quasi exclusivement sur l'analyse économique des banques centrales, les marchés courent le risque de négliger des informations qui pourraient être pertinentes et que les banques centrales auraient omises », *idem*, p. 173.

¹⁶⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁰⁷ Voir, GONZALEZ-PARAMO J. M., « The role of information and communication in central bank policy: The experience of the recent financial turmoil », 3 décembre 2007.

Conclusion du chapitre 2

La politique monétaire de l'Eurosystème a comme cible principale les taux d'intérêt. Son objectif final est pourtant la stabilité des prix. La BCE postule un lien entre les deux : « *les modifications des taux d'intérêt directeur de la banque centrale ont une incidence sur les taux pertinents pour les ménages et les entreprises, notamment les taux débiteurs et créditeurs des banques, et donc sur les décisions prises en matière de consommation, d'épargne et d'investissement. Ces décisions influencent à leur tour la demande agrégée et, en fin de compte, le processus de fixation des prix et la formation des anticipations d'inflation* »¹⁶⁰⁸. Le schéma est alors complet. L'Eurosystème utilise la panoplie des actes à sa disposition pour s'organiser, ainsi que ses relations avec les contreparties. Une fois ce système en place, il fait jouer son action normative – réserves obligatoires, opérations d'*open-market*, facilités permanentes, communication et anticipation – pour piloter les taux d'intérêt et ainsi influencer l'inflation.

Ce mécanisme de transmission se grippe avec la crise. Les banques assurent aujourd'hui moins bien leur rôle d'intermédiation et prêtent moins aisément aux entreprises comme aux particuliers. Une contradiction se fait jour entre les mesures non-conventionnelles qui font que les banques empruntent à bas coûts auprès de l'Eurosystème et prêtent moins au secteur privé. Si bien que certains s'interrogent, à l'image du député européen P. Canfin, interpellant M. Draghi lors du dialogue monétaire devant le Parlement : « *D'un point de vue démocratique, il est parfaitement légitime de savoir ce que sont devenus ces 1 000 milliards d'euros {prêtés par l'Eurosystème au cours des deux opérations de refinancement de trois ans}. Ont-ils été utilisés pour financer l'économie réelle, pour acheter des dettes souveraines, pour autre chose ?* »¹⁶⁰⁹. Loin de rejeter la question comme ne relevant pas de la compétence de l'Eurosystème, le président précise qu'il est trop tôt pour y répondre¹⁶¹⁰. Quelques mois après, lors du dialogue monétaire suivant, le Président a esquissé une réponse sur les mesures prises par la BCE afin de favoriser le crédit aux entreprises. Il estime – pour des raisons économiques et non juridiques – qu'il est impossible à l'Eurosystème de dicter aux banques l'utilisation qu'elle feront des liquidités qui leurs sont octroyées¹⁶¹¹. Cependant, il rappelle que les règles relatives à l'éligibilité des garanties ont été modifiées afin de permettre aux banques de fournir leurs crédits aux entreprises comme contrepartie des opérations de

¹⁶⁰⁸ BCE, « Les mesures prises par la BCE en réponse à la crise financière », précité, p. 60.

¹⁶⁰⁹ *Dialogue monétaire*, 25 avril 2012.

¹⁶¹⁰ « *I am sure that in a couple of months we will be able to give you a more detailed picture of how this money is being used and where it is actually going.* », *ibidem*.

¹⁶¹¹ A propos des critiques sur les LTRO à savoir que les liquidités fournies n'avaient ni atteint l'économie réelle, ni permis d'acheter des titres publiques, le président estime que : « *Both criticisms make the same mistake – that we can actually tell the banks what to do with the money they borrow from the ECB. Both criticisms assume that we can actually channel this money and tell the banks what they should do: by a little of this and a little of that, but not more than that. This is not possible. It is certainly very difficult at national level. I do not think it is really desirable to do this in general, especially in view of its long-term implications, but it is certainly very hard to do at euro-area level. It is not desirable on account of the long-term implications. I agree there may be good reasons to do it if it could be done in the short term, but in the long term it is not desirable.* », *Dialogue monétaire*, 9 juillet 2012.

refinancement¹⁶¹². Juridiquement, rien n'empêcherait l'Eurosystème d'aller plus loin et de conditionner le refinancement des contrepartie à leur redistribution aux ménages et aux entreprises des liquidités fournies. Le directoire de la BCE semble d'ailleurs évoluer sur ce point¹⁶¹³. Après tout, en matière d'aide d'Etat, les lignes directrices de la Commission enjoignent aux États de s'assurer que les banques à qui une aide financière est fournie ajusteront leurs politiques de rémunérations, des dirigeants comme des actionnaires, et favoriserons le crédit à l'économie réelle¹⁶¹⁴. Une telle évolution, si elle peut sembler souhaitable, serait en contradiction avec la nature même de l'Eurosystème qui est par nature technocratique et se veut un organe technique de gestion de la monnaie. Les choix qu'il aurait à faire dans une telle optique dépasseraient les mesures techniques qu'il prend quotidiennement. D'autant qu'il s'agirait d'une rupture avec sa pratique normative, qui cherche à éviter d'imposer directement des obligations aux contreparties.

¹⁶¹² « *We did exactly this when we expanded the eligibility rules for the collateral that banks could take to the ECB, in the sense that we have allowed banks to use credit claims, namely, their lending to the private sector, as collateral for borrowing from the ECB. Nowadays banks know that if they lend to the private sector they will have collateral, they could borrow more from the ECB, so that is a concrete measure that we have undertaken.* », *ibidem*.

¹⁶¹³ Voir l'interview du 6 août 2012 donnée par B. Coeuré au journal slovaque *Hospodarske Noviny* où il déclarait : « *L'idée que nos opérations de financement devraient être plus ciblées vers le financement de l'économie réelle, en particulier les PME, mériterait plus d'attention, même si sa mise en œuvre serait bien sûr difficile* » (voir « BCE : Benoît Coeuré met en avant les ménages et les PME », *lemonde.fr*, 6 août 2012).

¹⁶¹⁴ Sur les premières, conditions voir communication de la Commission — Recapitalisation des établissements financiers dans le contexte de la crise financière actuelle : limitation de l'aide au minimum nécessaire et garde-fous contre les distorsions indues de concurrence (2009/C 10/03), JO n° C 10 du 15.1.2009 p. 2-10 : « *Jusqu'au remboursement de l'État, les garde-fous en matière de comportements applicables aux banques en difficulté au cours des phases de sauvetage et de restructuration devraient en principe inclure : une politique restrictive à l'égard des dividendes (notamment l'interdiction de verser des dividendes au moins pendant la période de restructuration), un plafonnement de la rémunération des dirigeants ou des primes versées* » (§45).

Sur les secondes, voir : Communication de la Commission concernant le traitement des actifs dépréciés dans le secteur bancaire de la Communauté (2009/C 72/01), JO n° C 72 du 26.3.2009, p. 1-22 : « il conviendrait d'imposer aux banques bénéficiaires des garde-fous garantissant que les effets des mesures de sauvetage sur leur capital sont exploités pour accorder des crédits et répondre, comme il se doit, à la demande conformément à des critères commerciaux et sans discrimination, et non pour financer une stratégie de croissance (notamment des acquisitions de banques saines) au détriment de leurs concurrents » (§30).

Voir aussi, KARPENSCHIF M., « Les aides publiques face à la crise », RFDA, 2010, pp. 750-755 sur la conditionnalité pp.754_755. Sur les aides d'État pendant la crise voir : DONY M., « Quelle influence de la crise financière sur la politique de contrôle des aides d'États » in *L'Union européenne : Union de droit, Union des Droits*. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin, Pedone, Paris, 2010, p. 377-390 et CHRISTIANOS V., « Les aides d'état à la lumière de la crise économique » in BLUMANN C. & PICOD F., *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, Bruxelles, 2010 p. 295-316.

Conclusion du Titre 2

L'Eurosystème ne peut influencer le marché monétaire que par un ingénieux dosage de contraintes et de conseils. Les contraintes qu'il utilise sont double. En priorité, il s'appuie sur des contraintes pratiques, et de nature économique, issues du marché monétaire. Ce dernier a besoin de systèmes de paiement pour fonctionner. L'Eurosystème met alors TARGET en place. Il a besoin de liquidité et l'Eurosystème lui en fournit. Lorsque ces contraintes s'avèrent insuffisantes, de nouvelles seront imposées par le biais du droit assorti de sanctions, comme c'est notamment le cas en matière de réserves obligatoires. Le réseau ne fait pas tout et ne peut pas tout faire par lui-même. Si l'autorité publique veut l'influencer, elle doit intervenir. Mais cette intervention ne peut se faire qu'à certaines conditions. La plus importante est sa crédibilité. Pour influencer les anticipations, pour superviser les systèmes de paiement, l'Eurosystème doit se poser en position supérieure. Sa supériorité ne doit pas être juridique ou hiérarchique, elle doit être pratique. G. Majone caractérise le réseau comme « porteur d'une réputation »¹⁶¹⁵. Il doit avoir une meilleure connaissance du marché que le marché lui-même. Pour cela, il doit pouvoir intervenir sur toutes les facettes du phénomène monétaire ; d'où sa compétence large mais spécialisée. Juridiquement, la compétence ne va pas sans le pouvoir. En jouant sur les mots, on peut dire qu'en pratique, le pouvoir de l'Eurosystème ne peut être efficace que s'il est compétent.

L'étude des compétences de l'Eurosystème et de leur exercice nous renseigne sur la nature réelle des liens qui unissent un système verticalement intégré et le secteur qu'il régit. Les approches théoriques en termes de réseau, de gouvernance ou de régulation insistent sur le rôle de la *soft law*. L'analyse de l'action de l'Eurosystème démontre que la *soft law* n'est pas suffisante. L'efficacité réelle de ces normes souples dépend de leur inclusion dans un cadre normatif contraignant et de la crédibilité de leur auteur. Pour ce faire, et cela rejoint les théories précitées, l'expertise des institutions et leur capacité à diriger le marché en cause sont indispensables. La construction de ce rapport de confiance, et de contrainte, est beaucoup plus délicate qu'il n'y paraît. L'action menée en direction du secteur doit reposer sur une connaissance solide des spécificités du domaine concerné, et notamment des besoins du marché que ces institutions peuvent, ensuite, instrumentaliser à leur avantage. L'information joue un rôle dialectique : elle remonte du marché vers les institutions qui l'influence ensuite par ce biais.

¹⁶¹⁵ « *The network as a bearer of reputation* », MAJONE G., « The new European agencies: regulation by information », précité, p. 271.

Conclusion de la Première partie

La monnaie est un médium qui, en tant que tel, se réinvente sans cesse¹⁶¹⁶. Elle est alors vouée à échapper aux tentatives de contrôle par les pouvoirs publics. L'Eurosystème réussit pourtant à la dompter. Pour cela, il est indispensable d'adopter une rationalité économique, aux dépens d'une rationalité juridique. M. Foucault rappelait avec force que : « *Il n'y a pas de souverain économique. Il n'y a pas de souveraineté économique* »¹⁶¹⁷. L'économie serait alors irréductible au droit, ou à un certain droit. La rationalité juridique s'oppose à la rationalité économique¹⁶¹⁸ et il est nécessaire de transformer cette dernière. L'auteur prêche alors pour l'avènement d'un ensemble qui réunit l'élément économique et l'élément juridique, et qui « *fera apparaître non pas simplement la liaison ou la combinaison de ces deux éléments, mais toute une série d'autres éléments par rapport auxquels l'aspect sujet de droit ou l'aspect sujet économique constitueront (...) des aspects essentiels, intégrables dans la mesure même où ils font partie d'un ensemble complexe. Et c'est ce nouvel ensemble qui est, je crois, caractéristique de l'art libéral de gouverner* »¹⁶¹⁹. L'Eurosystème réussit, en partie, à satisfaire à cette exigence. Il réussit à dominer un objet économique complexe : la monnaie. Remplaçant les États nations dans l'exercice de la souveraineté monétaire au sein d'une organisation qui a su les dépasser et régler les problèmes économiques plus efficacement qu'eux¹⁶²⁰, l'Eurosystème réussit à maîtriser l'objet monétaire. Evidemment, son action a des limites. Mais la crise des dettes souveraines ne pointe pas les limites de son action monétaire. Au contraire, son rôle s'est renforcé et simplifié avec elle. Elle montre son incapacité, due à son incompétence juridique, à réguler le marché financier, dont le marché monétaire n'est qu'un sous ensemble. L'efficacité, inhérente à l'Union, à gérer les problèmes économiques est due à ses origines doctrinales. Fondé à partir d'une conception du droit comme vecteur d'intégration économique, le droit s'y développe en plus grande harmonie avec l'économie¹⁶²¹, comme le démontre la notion même de constitution économique. La

¹⁶¹⁶ CLAM J., « Monnaie et circulation. Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire », précité.

¹⁶¹⁷ FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, 355p., ici p. 287.

¹⁶¹⁸ « *entre le sujet de droit et le sujet économique il y a une différence essentielle dans le rapport qu'ils entretiennent avec le pouvoir politique* », *idem*, p. 280.

¹⁶¹⁹ La citation complète est particulièrement éclairante : « *Ces individus qui sont bien toujours des sujets de droit, qui sont bien aussi des acteurs économiques (...) ne sont gouvernables que dans la mesure où l'on va pouvoir définir un ensemble qui les enveloppera, à la fois à titre de sujets de droit et à titre d'acteurs économiques, mais qui fera apparaître non pas simplement la liaison ou la combinaison de ces deux éléments, mais toute une série d'autres éléments par rapport auxquels l'aspect sujet de droit ou l'aspect sujet économique constitueront (...) des aspects essentiels, intégrables dans la mesure même où ils font partie d'un ensemble complexe. Et c'est ce nouvel ensemble qui est, je crois, caractéristique de l'art libéral de gouverner* », *idem*, p. 281.

¹⁶²⁰ Voir les conclusions tirées par J. De Areilza : « *The realization in the seventies of the modern state's incapacity to deliver military protection, economic prosperity and other social goods has resulted in a loss of confidence in national authorities and a relaxation of national identities. (...) The decay of national welfare politics and the exaltation of civil society and market behavior during the recent history of the EC have favored this atomized evolution of the EC supranational phenomenon. The EC does not attempt to act and plan like a state, above society but provides the historically-needed social arrangements to come up with the common rules and practices that enhance West European market prosperity.* », AREILZA de J., « Sovereignty of Management – The Dual Character of the EC's supranationalism Revisited », précité.

¹⁶²¹ Voir la proximité entre les préceptes ayant conduit à la création de l'Union et l'École allemande de l'ordolibéralisme. Cherchant à repenser les rapports entre droit et économie, les ordolibéraux ont préconisé de mettre le droit au service de l'économie. Sur l'école ordolibérale voir FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*,

supranationalité et la méthode communautaire par la discussion permanente qu'elles entraînent permettent d'atteindre des solutions plus efficaces pour un marché bien souvent intégré aux discussions par le biais de comités techniques ou de consultations. Analysée comme un réseau, la méthode communautaire offre toutes ses potentialités, comme l'a fait E. Ladeur. L'approche en réseau permet de décomposer l'État membre, redéfinit en ses différentes composantes et d'offrir une meilleure appréhension de la perméabilité entre ces dernières et l'Union¹⁶²². Ce phénomène participe du constat fait par les Professeur Ost et Van de Kerchove qui voient en l'Europe un « *laboratoire expérimental des transformations juridiques* »¹⁶²³. L'Eurosystème formalise le réseau qui unit la BCE et les BCN et l'étend aux contreparties.

C'est en réalité une nécessité. Un objet complexe, de nature économique, comme la monnaie, ne peut être gouverné par des techniques traditionnelles mais par un réseau utilisant toutes les potentialités des « *deux corps du droit* » décrits par G. Timsit¹⁶²⁴. La vision traditionnelle du droit comme un commandement assorti de contrainte ne disparaît pas. Elle est complétée par un droit empruntant à « *la forme moins rigide et la plus intelligente du pouvoir normatif* »¹⁶²⁵. La norme, son élaboration et sa normativité, sont acquises au fil d'un processus incluant tout les acteurs du réseau¹⁶²⁶, comme l'Eurosystème l'a fait pour le système TARGET ou le fait pour la transmission de sa politique monétaire : « *C'est une forme "différée" de l'exercice du pouvoir normatif, particulièrement adaptée à la fonction qui, désormais, incombe en priorité à ce pouvoir dans les sociétés modernes – une fonction de traitement des situations d'incertitude* »¹⁶²⁷. La nature complexe de la monnaie et l'instabilité des marchés monétaires et financiers induisent une situation d'incertitude constante, comme la crise ne cesse de le montrer.

La crise montre aussi, plus que jamais, le besoin d'institution. L'Eurosystème, par le biais de la BCE, est devenu l'institution vers laquelle les marchés, voire le grand public, se tournent

2

notamment les leçons du 31 janvier et des 7, 14 et 21 février. Sur le lien entre ordolibéralisme et intégration européenne voir : JOERGES C., « La Constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue Internationale de Droit économique*, 2006, pp. 245-584 et GERBER D.J., « Constitutionalizing the economy : german neo-liberalism, competition law and the "new" Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994 Vol. 42, pp. 25-84.

¹⁶²² LADEUR K.-H., « Toward a Legal Theory of Supranationality... », précité. Voir *supra* introduction.

¹⁶²³ OST F. & Van de KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit*, précité, p. 32.

¹⁶²⁴ TIMSIT G., « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », précité.

¹⁶²⁵ *Idem*, p. 394.

¹⁶²⁶ « *Le pouvoir normatif, alors, ne se traduit plus dans une réglementation uniforme, imposée du Centre et à tous également – impérativité, extériorité de la loi traditionnelle qui s'accomplit dans l'instant même de son édicition. Il s'exerce dans la durée, constituant un procès destiné à ne trouver d'achèvement que dans l'application concrète de normes générales aux situations qu'elles viennent régir.* », *idem*, p. 385.

L'analyse de K.-H. Ladeur, au sein de l'Union, est convergente, « *the specific network approach suggests the idea that under conditions of complexity the law operates in accordance to programmes which are themselves incomplete and can only be written further on a basis of learning through application. This reflects the fact that legal order does not simply consist in legal propositions, but increasingly form a complex, heterarchical network oriented towards cooperation, which modifies itself through learning from linkage among its various components* », LADEUR K.-H., « Toward a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », précité, p. 51.

¹⁶²⁷ TIMSIT G., « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », précité, p. 385.

pour la résolution de la crise ou, au minimum, un moment de répit. L'absence d'institution forte au sein de l'Union économique induit un transfert de pouvoir au profit de l'institution monétaire. Celle-ci joue un rôle indispensable sur le marché monétaire, qui ne pourrait fonctionner sans elle. Mais ce rôle est-il voué à s'étendre à l'Union ? Les limites du réseau s'incarnent dans sa légitimité. Processus en mouvement, le réseau est opaque par nature. Le fonctionnement de l'Eurosystème implique un partage des tâches entre un centre décisionnel qui doit prendre les décisions – pour une zone dont les économies divergent de plus en plus – et un centre opérationnel devant se situer au plus près des contreparties. Une mise en œuvre décentralisée peut-elle corriger une décision uniforme ? D'autant que le marché exige l'indépendance de l'Eurosystème à l'égard des pouvoirs politiques. L'intégration verticales est difficilement conciliable avec les exigences démocratiques. L'art libéral de gouverner doit se trouver aussi une nouvelle légitimité, sous peine de ne faire qu'accepter les exigences du marché. La tension entre la constitution économique et la constitutionnalisation politique de l'Union¹⁶²⁸ peut-elle tolérer la consécration et la montée d'une institution technique – voire technocratique ?

¹⁶²⁸ Sur ce thème voir AZOULAY L., « L'ordre concurrentiel et le droit communautaire » in *L'ordre concurrentiel – Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Editions Frison-Roche, Paris, 2003, pp. 277-309.

Partie 2 : L'eurosystème : un système autonome et organisé

L'Eurosystème, au sein de l'Union, a une identité qui lui est propre et qui structure, à la fois, son organisation interne et ses rapports avec l'extérieur. Son identité est fondée sur son but : maintenir la stabilité des prix. Ceci constitue le paramètre fondamental façonnant ses rapports internes et externes.

Dans une perspective systémique, identité et finalité entretiennent des rapports intimes. La finalité consiste à « *atteindre un but déterminé en dépit des perturbations et aléas qui surgissent en cours d'action* »¹. L'Eurosystème a été créé de toutes pièces, sa finalité lui a été apportée de l'extérieur. Dans ce cas, « *tout son être est conçu, dessiné, fabriqué en fonction de finalités anthropo-sociales très définies* »². Ainsi, pour E. Morin : « *Dès lors que la finalité devient non seulement explicable, elle devient explicative et causale* »³. D'un point de vue pratique, l'Eurosystème se développe et se s'organise autour de cette finalité. Il s'organise et se réorganise, au fil des externalités, autour du processus nécessaire à la justification de son existence. D'un point de vue théorique, cette finalité est une donnée permettant de l'appréhender et de le comprendre.

D'autant que l'Eurosystème donne une place centrale à la stabilité des prix au point d'en faire son identité. C'est d'abord ainsi qu'il a été appréhendé par les traités qui délimitent sa compétence autour de la monnaie. C'est aussi ce qui justifie de son indépendance puisqu'elle est accordée aux banques centrales en fonction du dogme que leur autonomie garantit la stabilité des prix. C'est, enfin, la raison qui dicte son fonctionnement. Or, l'établissement d'une identité est un processus récursif où la marche du système crée et affermit l'identité imposé par l'extérieur⁴. La création d'une identité est un processus dialectique fondé sur un but. Un système est finalisé lorsque sa construction répond à un impératif à atteindre. Créé dans cette optique, les caractéristiques du système y répondent et / ou s'y adaptent. Le système développe alors une identité qui lui est propre, qui le différencie de son environnement – en faisant alors un sous-système – et explique son fonctionnement. Ainsi, « *l'identité surgit (...) comme un principe actif relevant d'une logique discursive* »⁵.

¹ MORIN E., *La méthode*, précité, p. 357.

² *Idem*, p. 361.

³ *Ibidem*.

⁴ « *Dire que soi est une réalité d'un ordre nouveau, c'est dire la production de son propre être est plus que la production de son propre être : c'est la production d'un être qui a du soi, et qui, parce qu'il a du soi, peut produire son propre être. Le soi produit ce qui le fait naître et exister* », *idem*, p. 294.

⁵ *Ibidem*.

L'identité de l'Eurosystème repose sur deux piliers : la stabilité des prix et l'indépendance et c'est autour d'eux qu'il va s'organiser afin de maintenir son identité⁶. L'étude de cette organisation passe par ce prisme. Mais, pour le juriste, le prisme est déformant. Le but, comme les techniques, assignés à l'Eurosystème sont de nature économique. Ainsi, il est fait appel au droit dans un but économique. C'est une soumission du juridique aux impératifs économiques qui est alors exigée. Il devient délicat d'étudier l'Eurosystème à l'aune de prisme juridiques, souvent forgés au sein des États nations. D'autant que, comme l'a expliqué M. Foucault, les rationalités juridiques et économiques sont contradictoire. Or, la construction de l'Eurosystème fait primer la rationalité économique et ce sont alors de nouveaux concepts qui sont nécessaires pour étudier les mécanismes juridiques qui en découlent.

Ainsi, l'Eurosystème ne peut être étudié en termes de centralisation et de décentralisation sans perdre l'essence du phénomène. En tant que système, il est organisé c'est à dire que ses éléments sont reliés entre eux par une organisation qui les imbrique dans l'optique d'atteindre le but assigné au système (Titre 1). Ensuite, l'indépendance assignée au système, et en particulier à la BCE, pose des problèmes de responsabilité démocratique et leur compréhension passe par une appréhension moderne de la démocratie (Titre 2).

⁶ « *L'organisation est morphostatique : elle maintient la permanence du système dans sa forme (...), son existence et son identité* », *idem*, p. 187.

Titre 1 - L'organisation du système

Il s'agit à présent de dégager les règles de fonctionnement interne du système. En tant que sous-système du système institutionnel de l'Union, il faudra partir des principes qui régissent ce dernier pour découvrir ceux à l'œuvre au sein de l'Eurosystème. La question capitale est celle du rapport entre l'Union et les États membres, plus généralement entre l'échelon de l'Union et l'échelon national. La structure spécifique du système pousse à une recomposition de ces liens. De la prise de décision normative à l'exécution administrative une interdépendance totale lie les banques centrales du système. Aucune, pas même la BCE, ne peut agir sans l'approbation ou l'action complémentaire des autres.

L'Union est un système complexe, où la mise en œuvre – normative et administrative – des normes adoptées par les institutions revient, en principe, aux États membres⁷. La doctrine a utilisé de nombreux qualificatifs pour ce système : « *administration indirecte* »⁸ ou « *décentralisation* ». Ainsi, R. Mehdi évoque : « *une application décentralisée du droit de l'Union* »⁹. Pour D. Simon, il y a un « *principe de décentralisation qui fait des États membres les relais de la mise en œuvre du droit communautaire* »¹⁰. L'Eurosystème reprend ce dernier terme et se dit décentralisé¹¹. La doctrine le qualifie de décentralisé et en fait un "principe"¹². Une autre partie de la doctrine rejette cette qualification. Ainsi, pour F. Martucci « *L'Eurosystème représente un modèle hybride se caractérisant par des pouvoirs originaux accordés à la BCE à l'encontre des BCN lorsque celles-ci exécutent les missions de l'Eurosystème* »¹³. D'autres auteurs vont plus loin et penchent vers la qualification de déconcentration pour le système. C'est notamment le cas de C. Zilioli et M. Selmayr. Pour eux, il s'agit d'« *un modèle de mise en œuvre indirecte centralisée* »¹⁴. Ils précisent en note que « *Cette définition montre que la mise en œuvre du droit de la BCE a plus de points*

⁷ À l'origine un flou régnait sur ce point. Le traité de Lisbonne l'a clarifié à son article 291 : « 1. *Les États membres prennent toutes les mesures de droit interne nécessaires pour la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union.* 2. *Lorsque des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires, ces actes confèrent des compétences d'exécution à la Commission ou, dans des cas spécifiques dûment justifiés et dans les cas prévus aux articles 24 et 26 du traité sur l'Union européenne, au Conseil* ».

⁸ Voir, par exemple, pour une étude sur ce thème : DUBEY. B., « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE*, 2003 Vol. 69, pp. 87-133.

⁹ MEHDI R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » précité, p. 693.

¹⁰ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Éd., précité, p. 154.

¹¹ « *la répartition des tâches au sein du système s'inspire du principe de décentralisation* », BCE, « La répartition des tâches au sein de l'Eurosystème », www.ecb.int.

¹² Voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 169 où l'auteur évoque le « *principe de décentralisation* » et p. 189 ; DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, précité, p. 10 : « *the principle of decentralisation* » ; ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale », précité, p. 612 : « *exécution décentralisée* ».

¹³ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 261.

¹⁴ ZILIOLO C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2d Ed : « *model of centralised indirect implementation* », précité, p. 119. Voir aussi, MARTIN FERNANDEZ J.M. & TEXEIRA P.G., « The imposition of regulatory sanctions by the European Central Bank », précité, p. 407 : « *These new, exclusive, Community central banking competences are invested in the institutional structure of the System, which also constitutes a departure from existing Community institutional setting. This unique system may be described as an expression of "déconcentration" of the execution of administrative decisions and procedures* ».

communs avec le modèle de déconcentration dans les États unitaires »¹⁵. Se prononcer sur une telle question nécessite une définition claire de la notion de décentralisation.

Dans le langage courant, la décentralisation évoque l'éloignement d'un centre, qu'il soit décisionnel, géographique ou le plus souvent les deux¹⁶. Dans le langage juridique, elle évoque, pour le Professeur Cornu : un « *Mode d'aménagement des structures de l'administration dans lequel, la personnalité juridique ayant été reconnue à des personnalités d'intérêt ou à des activités de service public, le pouvoir de décision est exercé par des organes propres à ces personnes agissant librement sous un contrôle de simple légalité* »¹⁷. La notion est principalement utilisée en droit administratif et « *consiste à conférer à une entité la personnalité morale, en rompant le lien hiérarchique entre elle et l'État au profit d'un simple contrôle, d'une simple surveillance* »¹⁸. Une telle définition statocentrique n'est pas d'un réel secours car non seulement un lien hiérarchique existe entre BCE et BCN mais, surtout, les secondes existaient avant la première.

C'est pourtant celle-ci qui est retenue par F.J. Priego et F. Conlledo dans leur étude de la décentralisation de l'Eurosystème¹⁹. E. Chiti reprend la notion dans une typologie des modes de mise en œuvre administrative du droit de l'Union et évoque en bloc « *l'administration indirecte ou décentralisée* »²⁰. Ce système se caractérise par une distinction entre l'activité législative confiée à l'Union et son exécution administrative confiée à des administrations nationales chargées de poursuivre les buts de l'Union indépendamment les unes des autres²¹. La Cour de justice a donné une définition de la notion de décentralisation dans un arrêt Pays-Bas contre Commission de 1995. Il y aura « *une gestion décentralisée* » lorsque « *les États membres sont investis d'un pouvoir décisionnel* »²². Intervenant dans un contentieux de l'annulation, une telle définition se rapporte seulement à une question de répartition de compétence. Elle ne permet pas réellement de saisir l'essence du phénomène.

¹⁵ « *This definition shows that implementation of ECB law has much more in common with the model of déconcentration in unitary states* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2d Ed, précité, p. 119 note 185.

¹⁶ Voir le *Dictionnaire Le Robert* qui définit la décentralisation comme « *Action de décentraliser ; son résultat* » et définit décentraliser comme : « *Rendre plus autonome (ce qui dépend d'un pouvoir central)* » et/ou « *Déplacer tout ou partie des services de (une société, une entreprise... située dans la capitale) en banlieue ou en province* ».

¹⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} Éd., PUF, Paris, 2011, « *Décentralisation* ».

¹⁸ FRIER P.-L. & PETIT J., *Précis de droit administratif*, 6^{ème} Éd., Montchrestien, Paris, 2010, 568p., ici p. 105.

¹⁹ PRIEGO F.-J. & CONLLEDO F., « *The role of the decentralisation principle in the legal construction of the European System of Central Banks* » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 189-198, « *decentralisation is the transfer of competence to another organisation* », p. 191.

²⁰ CHITI E., « *The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications* » in HOFMANN E.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 9-33, p. 13 : « *indirect or decentralized execution* ».

²¹ « *Three elements characterize this model of administrative execution. Firstly, it is based on a clear-cut distinction between lawmaking, representing the core of European Union action, and administrative execution, which is left to the exclusive responsibility of national administration. Secondly, national administrations are expected to pursue European Union objectives while remaining anchored in their own domestic administrative systems. Thirdly, the competent administrations of the various Member States operate autonomously one from the other, given the absence of reciprocal coordination* », *ibidem*.

²² CJCE, 17 octobre 1995, Royaume des Pays-Bas c. Commission, aff. C-478/93, Rec. 1995 p. I-03081, § 40.

Malgré la pertinence de ces définitions, elle sont trop circonstanciées pour permettre une réelle appréhension de la notion. L'essence de celle-ci a été dégagée par le Professeur Eisenmann²³. Ne cherchant pas à définir les modalités concrètes du phénomène, il en recherche les traits caractéristiques qui le fondent. C'est sur les travaux de C. Eisenmann que l'étude de l'Eurosystème se basera. Menant sa réflexion à partir du cas typique de l'Etat, l'auteur mène une réflexion globale sur la notion qu'il n'exclut pas de pouvoir adapter à d'autres entités²⁴.

Pour lui, centralisation et décentralisation s'opposent par la « *compétence personnelle des organes* » qui se « *mesure donc par le cercle des personnes envers qui ils peuvent agir* »²⁵. La compétence des organes centraux s'étend à l'ensemble de la collectivité et celle des organes décentralisés à une fraction de celle-ci²⁶. Il y aura centralisation lorsqu'une activité est sous le joug unique d'une autorité pour toute la collectivité²⁷ et décentralisation lorsqu'une activité est confiée à des organes non-centraux²⁸. Corrélativement, « *Une autorité sera centrale si ses normes peuvent concerner soit tous les membres de la collectivité (...) soit n'importe lequel d'entre eux pris individuellement* »²⁹. L'autorité ne sera pas centrale « *Si les normes que pose une autorité ne peuvent concerner (...) que soit une fraction globale des membres de la collectivité, soit certains seulement d'entre eux* »³⁰. Il s'agit là de la première étape du raisonnement permettant d'opposer les organes centraux et non-centraux.

La seconde étape consiste à caractériser la relation entre ces organes, afin de qualifier l'organisation à laquelle ils appartiennent de centralisée ou décentralisée. Pour cela, « *il faut choisir le critère sur lequel fonder la summa divisio* »³¹. Or, « *un critère s'impose : le caractère de l'organe suprême de l'activité considérée* »³². Pour l'auteur : « *L'organe suprême d'une activité, c'est l'organe qui en est maître, qui y a "le dernier mot", c'est-à-dire,*

²³ EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1948, 330 p.

²⁴ « *le problème déborde le cadre de l'État : il se pose pour toutes les collectivités politiques sans distinction. Si on l'a formulé pour l'État, et si par la suite on raisonne en général sur son exemple, c'est uniquement parce qu'il en est la principale espèce. Mais les problèmes vaudront pour le genre entier* », *idem*, p. 7.

²⁵ *Idem*, p. 13. L'auteur est conscient qu'un tel postulat peut choquer et le justifie longuement (pp. 31-64) notamment face à l'idée qu'il s'agit en réalité d'une compétence territoriale à laquelle il répond que les règles de compétences fixent « *l'extension "foncière" des pouvoirs des organes – relativement aux personnes, aux biens, etc. ; en aucune façon leur "étendue territoriale"* » (p. 41) et face à l'idée que cela recouvre une compétence matérielle relative à des biens, par exemple, il répond que les normes ne visent en réalité que le comportement des hommes face à certains aspects matériels : « *Et l'homme n'est pas un élément de la norme juridique au même sens et au même titre que les faits, actes, etc ; il n'est pas avec elle dans la même relation ou dans une relation comparable ; sa relation à la norme est absolument originale : elle s'adresse à lui, elle lui enjoint ou lui permet* » (p. 57).

²⁶ « *Le problème de la centralisation ou de la décentralisation des États est le problème du caractère central ou non-central de leurs organes – ou, vu sous l'angle de la législation : de la création d'organes centraux ou d'organes non-centraux. C'est le problème de la compétence personnelle des organes. Il se condense dans une alternative : organes à compétence personnelle illimitée (ou : totale), ou organes à compétence personnelle limitée (ou : partielle).* », *idem*, p. 15.

²⁷ *Idem*, p. 70.

²⁸ *Idem*, p. 86.

²⁹ *Idem*, p. 8

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Idem*, p. 67.

³² *Ibidem*.

si l'on raisonne, comme il convient, sur une activité normatrice, celui qui a, en fin de compte, le pouvoir de décider quelles normes seront par elle édictées »³³. Le mérite de l'approche de C. Eisenmann est de ne pas se limiter à cette alternative. L'organe suprême peut être « central », « non-central » ou « mi-central mi-non-central »³⁴.

La dernière hypothèse recouvre le cas où certains organes « ont une compétence envers la collectivité entière, les autres envers seulement une partie de la collectivité »³⁵. Pour lui, il peut y avoir centralisation ou décentralisation « pure ou parfaite »³⁶ mais aussi « imparfaite ou relative »³⁷ voire « semi-décentralisation »³⁸. La centralisation parfaite se réalise lorsque l'organe centrale dispose d'une autorité hiérarchique³⁹ sur l'organe non-central. Le problème ne doit pas être abordé en terme binaire : centralisé ou décentralisé, mais en terme de compétence et de plénitude de celle-ci. L'auteur rappelle que toute communauté juridique contient forcément une part de centralisation, au moins constitutionnelle⁴⁰. La décentralisation sera plus pure (ou plus parfaite) à mesure qu'il pourra agir indépendamment des organes centraux⁴¹. L'étude montrera alors que l'Eurosystème présente un certain degré de décentralisation mais sans pouvoir réellement être qualifié par cette caractéristique.

En réalité, c'est à la notion de système qu'il faut se référer pour comprendre les liens qui unissent la BCE et les BCN. E. Morin introduit, dans l'analyse systémique, l'idée d'organisation, à savoir : « l'agencement de relations entre composants ou individus qui produit une unité complexe ou système, dotée de qualités inconnues au niveau des composants »⁴². Elle « transforme, produit, relie, maintient » au sein du système⁴³. Il est impossible de limiter l'organisation à un type de relation. Elle est, au contraire, faite d'interrelations⁴⁴. Alors, elle doit être pensée « de façon non réductionniste, mais articulatrice, non simplifiante, mais multiramifiée »⁴⁵. Analyser l'Eurosystème de ce point de

³³ *Idem*, p. 68.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Pour la « centralisation pure ou parfaite » voir pp. 70-71 et la « décentralisation pure ou parfaite » voir p. 86.

³⁷ Pour la « centralisation imparfaite ou relative » voir pp. 71-85 et la « décentralisation imparfaite ou relative » voir pp. 86-87.

³⁸ *Ibidem* p. 87 et suivantes. « La semi-décentralisation consiste à faire dépendre l'entrée en vigueur des normes d'une double décision libre, prise l'une par l'organe central, l'autre par l'organe décentralisé, de la provoquer ou de ne pas l'empêcher ; en d'autres termes, à attribuer et à l'organe central et à l'organe décentralisé un pouvoir discrétionnaire de concourir ou de s'opposer à l'entrée en vigueur des normes », (p. 96).

³⁹ Sur cette notion voir *infra*, Section 2 du Chapitre 2 de ce Titre.

⁴⁰ C. Eisenmann semble sur ce point rejoint, en apparence, par la définition donnée par le juge Kakouris de la décentralisation. Il est délicat de se prononcer avec certitude, la définition qu'il donne de la notion étant assez ambiguë, voir KAKOURIS N., « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) » in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 319-345, plus précisément pp. 326-327.

⁴¹ L'auteur précise que dans sa vision la déconcentration est une forme de centralisation : « La "déconcentration" représente (...) un cas de centralisation imparfaite de ce même pouvoir, les normes étant édictées par une multiplicité d'organes non-centraux, mais subordonnés à un organe central, donc centralisé », EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, précité, p. 145.

⁴² MORIN E., *La méthode*, précité, p. 151.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Voir Introduction.

⁴⁵ *Idem*, p. 191.

vue exige alors de le qualifier d'organisé. Il serait réducteur d'analyser l'Eurosystème uniquement en termes de décentralisation et ne permettrait pas d'en saisir l'essence⁴⁶. Dans cette optique, il est cependant possible d'étudier l'organisation de l'organisation en tentant de saisir le rôle respectif de la BCE et des BCN. On verra cependant que, dans cette étude, tout nous ramène quasiment toujours au système dans sa globalité.

Dans cette démarche, l'étude de C. Eisenmann servira de guide. Sa volonté de capter l'essence du phénomène de la décentralisation et surtout de ne jamais le réduire de manière binaire, s'intègre dans la perspective systémique et permet de le saisir dans sa globalité tout en analysant les spécificités. Afin de comprendre le rôle de chacune des composantes, l'auteur impose un raisonnement en deux temps : l'identification du champ de compétence personnelle de chaque autorité et la place de chaque autorité dans l'organisation globale. Pour l'Eurosystème, il s'agira de déterminer quelles sont les fonctions respectives de la BCE et des BCN (Chapitre 1). Ensuite, il conviendra d'étudier les rapports entre les organes et tenter d'identifier quel est l'organe suprême et s'il dispose d'un pouvoir hiérarchique sur les autres. Au sein de l'Eurosystème, c'est l'étude de la marge de manœuvre des BCN et des pouvoirs de la BCE sur ces dernières (Chapitre 2). Cette étude confirmera que l'Eurosystème ne peut se qualifier de décentralisé mais qu'il est en réalité, simplement, organisé.

Avant de commencer cette étude, un point doit être éclairci : celui de la soumission des membres du système au principe de coopération loyale. Il domine les rapports entre l'État et l'Union et entre les institutions. Il résulte de l'article 4 paragraphe 3 du TFUE. Celui-ci reprend le texte de l'article 10 TCE, anciennement 5 du TCEE, mais en le modifiant. Il dispose que :

« En vertu du principe de coopération loyale, l'Union et les États membres se respectent et s'assistent mutuellement dans l'accomplissement des missions découlant des traités.

Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.

Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union. »

Cet article ne mentionne expressément que les États membres et n'évoque pas les BCN. Est-ce à dire que ces dernières, dans leur rapport avec la BCE et le système, ne sont pas concernées ? Au contraire, l'article est l'expression d'un principe général gouvernant les rapports systémiques dans l'Union. S'il ne s'applique pas directement aux BCN, les principes qu'il pose valent pour l'Union dans son ensemble. Les BCN étant partie intégrante des États, il est possible d'estimer qu'en tant que telle, l'article 4 paragraphe 3 leur est pleinement applicable. Une telle analyse ne tient pas compte de la place spécifique des BCN et de la nature particulière du lien qui les unit aux États. La portée du principe d'indépendance, qui – comme cela sera développé au chapitre suivant – impose aux États des modifications

⁴⁶ « Toute conception seulement structuraliste, c'est-à-dire seulement intéressée à réduire les phénomènes systémiques et les problèmes organisationnels en termes de structures, entraînerait une grande déperdition d'intelligibilité », ibidem.

drastiques du Statut des BCN mais plus généralement de leur place au sein des ordres juridiques nationaux, rend une assimilation totale des BCN aux États délicate.

Une seconde argumentation est possible, et conduit au même résultat. L'article 4 paragraphe 3 du TFUE et avant lui l'article 10 TCE ne sont que la matérialisation d'un principe plus général de « *fidélité communautaire* »⁴⁷, plus souvent appelé principe de « *coopération loyale* ». La jurisprudence de la Cour a depuis les années quatre-vingt généralisé la portée de l'article 5 et du principe qu'il contient. Ainsi dans l'arrêt Hurd de 1986, elle précise que « *cette disposition est l'expression de la règle plus générale imposant aux États membres et aux institutions communautaires des devoirs réciproques de coopération et d'assistance loyales* »⁴⁸. Elle a ensuite posé, dans une ordonnance Zwartveld, un lien entre ce principe et celui de la Communauté de droit⁴⁹.

Cette généralisation progressive de la portée de cet article⁵⁰ a conduit la doctrine, et notamment M. Blanquet, à en conclure que « *Ce principe est incontestablement à classer parmi les "principes généraux du droit communautaire", c'est-à-dire les principes déduits de la nature de la Communauté* »⁵¹. Ainsi pour D. Simon et selon une formule particulièrement éclairante, cet article « *s'analyse en premier lieu comme un instrument de renforcement d'une obligation préexistante, jouant le rôle d'une méthode d'interprétation systémique* »⁵². Ainsi, les obligations formalisées par cet article sont inhérentes à la nature du système institutionnel de l'Union, en tant que composante de ce dernier, il trouve alors à s'appliquer à l'Eurosystème. La rédaction issue du traité de Lisbonne confirme cela⁵³. Son premier alinéa évoque explicitement « *le principe de coopération loyale* » sans en définir le contenu, puisqu'il pose certaines obligations « *en vertu* » de lui. Cette évolution de la rédaction reflète, pour le Professeur van Gerven le fait que « *Le principe est devenu une pierre angulaire de la construction européenne* »⁵⁴. Il existe en dehors de cet article et trouve alors à s'appliquer à l'Eurosystème. Enfin, il faut noter que – contrairement à une partie de la doctrine⁵⁵ – le

⁴⁷ L'expression est de M. Blanquet, voir BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E. ...*, précité, notamment pp. 371-420.

⁴⁸ CJCE, 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, Rec. 1986 p. 00029, § 38.

⁴⁹ CJCE, ordonnance, 13 juillet 1990, Zwartveld, aff. C-2/88, Rec. 1990 p. I-03365, §17 : « *Dans cette communauté de droit, les relations entre les États membres et les institutions communautaires sont régies, en vertu de l'article 5 du traité CEE, par un principe de coopération loyale* ».

⁵⁰ Sur cette généralisation voir BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E. ...*, pp. 414 à 417 et ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Ed., précité, pp. 101-106.

⁵¹ BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E. ...*, p. 417. De même pour C. Blumann et L. Dubouis pour qui : « *La Cour de justice voit en effet dans l'article 10 du Traité CE la base d'une principe général du droit* », BLUMANN C. & DUBOUIIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, pp. 109-110.

⁵² SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Ed., précité, p. 149. Il précise « *en second lieu, l'article 10 (ex art. 5) CE peut fonctionner comme une source autonome d'obligations* » (*idem*).

⁵³ Sur cette rédaction voir BLUMANN C. & DUBOUIIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, p. 110-112 et van GERVEN W., « *Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit : le "droit des conflits d'ordre juridique" dans le prolongement du "droit des conflits de règles"* », *RCADI*, 2010 Vol. 350, pp. 9-70 et plus précisément pp. 57-58.

⁵⁴ *Idem*, p. 58.

⁵⁵ Voir, par exemple, BARONTINI C. & BONZOM P., « *Une banque centrale nationale au sein d'un système fédéral* », *Bulletin de la Banque de France*, Août 2006, n° 156, pp. 35-44, p. 43.

principe de subsidiarité, dans son acception juridique, ne saurait s'appliquer au sein de l'Eurosystème qui dispose d'une compétence exclusive⁵⁶.

⁵⁶ Art. 3 §5 TUE : « *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* ». Voir, notamment, PADOA-SCHIOPPA T, « Domestic payments in Euroland: commercial and central bank money », 9 novembre 2000.

Chapitre 1 : La BCE et les BCN membres d'un système commun

De même que le système institutionnel de l'Union européenne et ses rapports avec les États membres n'ont jamais fait l'objet d'un qualificatif définitif⁵⁷, il ne faut pas réduire l'organisation de l'Eurosystème à une qualification. Comme le rappelle C. Blumann, les traités fondateurs reposent sur une approche « *spontanée et pragmatique* »⁵⁸. Le souci d'organiser les Communautés autour d'un équilibre entre supranationalité et intergouvernementalisme, sans oublier les exigences démocratiques, a engendré une organisation institutionnelle claire quant aux différentes légitimités en cause⁵⁹. En revanche, l'organisation de ces pouvoirs n'a pas fait naître une différenciation nette entre un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif. La doctrine évoque alors plus volontiers la notion de "fonction"⁶⁰. Il n'y a pas de titulaire désigné pour les différentes fonctions qui résultent d'une « *collaboration fonctionnelle* »⁶¹ ou d'une « *intrication fonctionnelle* »⁶². Parmi ces dernières, la fonction d'exécution pose un problème spécifique. Elle n'est pas seulement répartie horizontalement entre les institutions de l'Union, mais aussi verticalement entre l'Union et les États membres. Au sein de l'Eurosystème, l'intrication prend une toute autre dimension et « *La complexité de l'Eurosystème est le reflet de celle de l'Union européenne* »⁶³. Les problèmes rencontrés au sein de l'Union quant à la répartition des fonctions se retrouvent, mais sous un autre jour. Deux fonctions principales peuvent être identifiées : une fonction décisionnelle et une fonction d'exécution. Une répartition claire aurait lieu : « *L'Eurosystème pense globalement et agit localement* »⁶⁴. Dans le cadre posé par C. Eisenmann, la BCE aurait une compétence personnelle générale et les BCN une compétence limitée. C'est ainsi que le système se trouve qualifié de décentralisé. Cependant, l'analyse n'est pas aussi simple. Il faut déterminer la place de chaque échelon au sein du système en s'interrogeant sur les raisons et les techniques qui déterminent leurs fonctions respectives. Il ressortira ainsi que, pour fonctionner, le

⁵⁷ Ni fédéral, ni étatique, ni international.

⁵⁸ BLUMANN C., *La fonction législative communautaire*, précité, p. 3.

⁵⁹ Sur cette complexité et ses raisons, voir SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Ed., précité, pp. 258-259 et ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs...*, précité, pp. 73-78.

⁶⁰ D. Simon différencie trois fonctions : législative, budgétaire et internationale. Il rajoute aussi les « *fonctions spécifiques dans le cadre des piliers non communautaires* » (SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Ed., précité, p. 288). C. Blumann et L. Dubouis identifient les fonctions : législative, d'exécution, internationale et le pouvoir budgétaire (BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité). D'ailleurs K. Lenaerts prend une définition fonctionnelle de la séparation des pouvoirs afin d'en étudier la nature (voir, LENAERTS K., « Some reflections on the separation of powers in the European Community », *CMLR*, 1991, Vol. 28 n° 1, pp. 11-35).

⁶¹ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Ed., précité, p. 260.

⁶² BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, p. 327.

⁶³ « *The complexity of the Eurosystème, reflects the complexity of the European Union* », LHONEUX de E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystème », précité, p. 462.

⁶⁴ « *The Eurosystème is thinking globally while acting locally* », *idem*, p. 461.

système se doit d'être intégré au niveau européen par le biais de la BCE (Section 1) sans s'éloigner des réalités nationales grâce aux BCN (Section 2).

Section 1 - La BCE au cœur du système

La BCE est le centre du système. Seule à même d'avoir une vision d'ensemble sur la zone euro, elle doit avoir une place privilégiée. Ainsi, pour la Cour de justice, la BCE est au cœur du système⁶⁵. Pour M. Chemain, « *la BCE est l'âme du SEBC* »⁶⁶. Pour comprendre cela, il ne faut pas se limiter au rôle que joue la BCE au sein de l'Eurosystème, mais s'attacher à sa place dans le système institutionnel de l'Union. Lorsqu'au sein du système de l'Union la BCE se voit reconnaître des fonctions propres, cela renforce sa place au sein même du système monétaire. Il y a là les deux faces d'une même réalité. La BCE est au cœur du système car elle le dirige, à l'intérieur (§1), et le représente à l'extérieur (§2).

§.1 - La BCE : un centre dépendant de la périphérie

La BCE est la clé de voute du système, elle en est l'organe suprême, selon la formule de C. Eisenmann. Les pouvoirs normatifs confiés au système sont exercés par ses organes. Pousser la métaphore architecturale impose de rappeler que la clé de voute est placée au sommet d'un ensemble d'autres éléments qui la soutiennent. L'Eurosystème n'échappe pas à la règle. La BCE doit sa place aux BCN. Dans l'exercice de ses pouvoirs normatifs, elle dépend des BCN qui composent ses instances décisionnelles (A). Ensuite, les moyens financiers dont disposent la BCE proviennent de son capital auquel les BCN ont souscrit. Cela ne donne cependant pas réellement de poids aux BCN qui sont dirigées par leur filiale commune (B).

A. *La BCE titulaire, ambigu de la fonction décisionnelle*

La place à part de la BCE est, en premier lieu, formelle. L'activité normative du système, notamment les normes générales, lui revient. Le traité et les Statuts utilisent une formule ambiguë, qu'il faut à présent élucider : « *Le SEBC est dirigé par les organes de décision de la Banque centrale européenne* »⁶⁷. Ils précisent ensuite que ces organes sont le conseil des gouverneurs et le directoire. Une telle disposition signifie que la BCE jouit d'une place de direction sur l'ensemble du système et notamment que c'est elle qui adopte formellement les actes du système (1). En cela, la BCE doit être qualifiée d'organe suprême du système. Cependant, l'organe principal est le conseil des gouverneurs. Or, pour le fonctionnement de celui-ci, la collaboration des BCN est indispensable (2).

1) Le rôle formel central de la BCE

⁶⁵ « *il ressort du libellé des articles 4, paragraphe 2, et 105, paragraphe 1, CE, le SEBC, au cœur duquel figure la BCE* », CJCE 10 juillet 2003, Commission c. BCE, aff. C-11/00, §92.

⁶⁶ CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, précité p. 399.

⁶⁷ Art. 129 §1 et 282 §2 du TFUE et art. 8 des Statuts. Il s'agit, en réalité, de l'Eurosystème ; le seul organe de décision du SEBC – celui où sont représentés toutes les BCN de l'Union – étant le conseil général, conformément à l'article 44 §2 des Statuts.

Lorsque le traité attribue au système dans son ensemble des attributions normatives, elles sont en principe confiées à la BCE. Le TFUE est clair sur ce point. Son article 132 confie explicitement à la BCE la tâche d'arrêter les actes du système : « *Pour l'accomplissement des missions qui sont confiées au SEBC, la Banque centrale européenne, conformément aux traités et selon les conditions fixées dans les statuts du SEBC et de la BCE : arrête les règlements (...) prend les décisions (...) émet des recommandations et avis* ». Une conclusion similaire s'applique évidemment aux orientations et instructions, puisque par définition ce sont des actes internes au système qui représentent le pouvoir de la BCE sur les BCN⁶⁸. Le TFUE est silencieux sur l'organe de la BCE responsable de cette fonction. Les Statuts sont ambigus. L'article 12 paragraphe 1 précise que : « *Le conseil des gouverneurs arrête les orientations et prend les décisions nécessaires à l'accomplissement des missions confiées au SEBC par les traités et les présents statuts* »⁶⁹. Le terme décision doit ici recevoir une appréciation large, et pas seulement entendre les décisions au sens de l'article 288 alinéa 4 du TFUE, mais bien tous les actes nommés à l'article 132. Le Règlement intérieur clarifie ce point. Selon lui : « *Le conseil des gouverneurs arrête les règlements de la BCE, qui sont signés en son nom par le président* »⁷⁰. La seconde partie est aussi fondamentale puisque les actes sont signés par le Président de la BCE. En revanche, les instructions sont adoptées par le directoire⁷¹.

Au-delà des actes juridiques, la BCE est le centre décisionnel du système. La gestion du système lui échoit. Ainsi, c'est elle qui dispose de la personnalité internationale⁷². L'article 128 du TFUE lui confie le monopole de l'autorisation de l'émission des billets. De même, c'est à elle qu'échoit la fonction consultative et la fonction interinstitutionnelle. Enfin, de manière implicite, c'est à elle que revient la tâche de déterminer la politique monétaire⁷³. Comme on le verra au chapitre suivant, c'est elle – par la voix du directoire – qui prend les décisions quotidiennes quant aux modalités concrètes des opérations d'*open-market*. C'est d'ailleurs elle qui a signé un accord avec Interpol, alors que ce dernier concerne l'ensemble du système⁷⁴. Cependant, la majorité de ces tâches est confiée au conseil des gouverneurs. Or, cet organe n'est pas propre à la BCE et indépendant des BCN. Au contraire, la majorité de ses membres sont issus des BCN en faisant ainsi un organe du système dans sa globalité.

2) Le rôle fonctionnel central, mais encadré, des gouverneurs des BCN

Formellement, c'est le conseil des gouverneurs – organe de la BCE – qui dirige le système. Or, sa principale originalité est d'être composé de membres représentant le système dans son ensemble. On pourrait y voir un renversement de la logique du pouvoir, donnant une place

⁶⁸ Voir *infra* Chapitre 2 de ce Titre.

⁶⁹ Nous soulignons.

⁷⁰ Art. 17 §1, le §2 pose la même solution pour les Orientations.

⁷¹ Art. 17 §6 du Règlement intérieur.

⁷² Sur sa reconnaissance, voir *supra* chapitre 1 du titre 2 de la première partie.

⁷³ L'article 12 §1 des Statuts donne au conseil des gouverneurs la charge de déterminer notamment le taux directeur.

⁷⁴ Accord de coopération entre la Banque centrale européenne et l'Organisation internationale de police criminelle Interpol, précité

prépondérante aux BCN maîtresses du processus de décision. Tel n'est pas le cas car, au sein du conseil des gouverneurs un esprit supranational a su émerger⁷⁵. Dans cette partie consacrée aux rapports entre BCE et BCN, il importe ici de voir que le principe de coopération loyale qui s'impose aux BCN, et singulièrement à leurs gouverneurs, induit certaines obligations dans leur participation au processus décisionnel. Ainsi, M. Blanquet évoque, à propos de l'article 5, une obligation de « *coopération structurelle* »⁷⁶, de laquelle dérive une « *obligation de participation* »⁷⁷.

Concrètement, plusieurs obligations dérivent de ce comportement. M. Blanquet en déduit une « *obligation de participer aux travaux* »⁷⁸. Il s'appuie en cela sur l'arrêt Lord Bruce⁷⁹ qui évoque le « *devoir de ne pas prendre des mesures susceptibles d'entraver le fonctionnement interne des institutions de la Communauté* »⁸⁰. L'arrêt concernait un impôt versé par les membres britanniques du Parlement, à l'époque issus des législatifs nationaux, sur les sommes reçues de l'institution et notamment les frais de déplacement. La Cour précise qu'une telle mesure est incompatible avec le droit de l'Union car elle pourrait empêcher les parlementaires de participer aux travaux d'une institution⁸¹.

Plus généralement, pour M. Blanquet⁸², l'article 5 est le fondement d'une obligation de participation effective aux travaux⁸³, faisant ainsi de la politique dite de « la chaise vide » – pratiquée par la France en 1965 – une violation de cette obligation. Evidemment, l'auteur évoque le « *caractère opérationnel* »⁸⁴ de cette obligation et sa délicate justiciabilité. Une crise de la chaise vide, montrant un rejet par un État de l'autorité communautaire peut être délicatement résolue par le biais d'un recours juridictionnel devant une juridiction... communautaire.

Une telle hypothèse a été envisagée par le système et un mécanisme a été mis en place pour l'empêcher d'advenir. Ainsi, l'article 4 du Règlement intérieur prévoit un *quorum* pour la prise de décision au deux-tiers des membres, empêchant ainsi que l'absence systématique de l'un de ses membres ne bloque la prise de décision. D'autant que, dans les cas où il ne serait pas atteint, le Président de la BCE peut convoquer une réunion extraordinaire où un nombre minimum de membres n'est plus requis⁸⁵. Le vote peut aussi se faire par écrit⁸⁶. Ces

⁷⁵ Voir Chapitre 2 du Titre 1 de la Première partie.

⁷⁶ BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E.*..., p. 127.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Voir, BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E.*..., pp. 128-134

⁷⁹ CJCE, 15 septembre 1981, Lord Bruce of Donington c. Eric Gordon Aspden, aff. 208/80, Rec.1981 p. 02205.

⁸⁰ *Idem*, § 14.

⁸¹ « *Il est nécessaire que chaque membre du Parlement puisse à tout moment, indépendamment du lieu de son domicile ou de sa circonscription et des moyens financiers dont il dispose, participer à toutes les réunions et tous les travaux du Parlement et de ses organes sans encourir des pertes financières.* », *idem*, §15.

⁸² Citant au soutien de son argumentation une doctrine importante.

⁸³ L'auteur évoque « *une indiscutable responsabilité des États membres vis-à-vis de la Communauté, et en y voyant un principe "structurel", "existentiel", de celle-ci exigeant la simple mise en place de ses organes* », BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E.* ..., p. 133.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ « *Pour que le conseil des gouverneurs puisse voter, le quorum fixé est de deux tiers des membres. Si le quorum n'est pas atteint, le président peut convoquer une réunion extraordinaire au cours de laquelle les décisions peuvent être prises sans ce quorum* », art. 4 §1 du Règlement intérieur.

dispositions n'enlèvent rien à l'obligation de participation. Ils rendent juste sa violation moins dommageable. Une solution juridictionnelle peut aussi être trouvée avec l'article 271 d) du TFUE permettant à la BCE de faire constater le manquement d'une BCN aux « *obligations résultant des traités et des statuts du SEBC et de la BCE* »⁸⁷. Il faut aller au-delà de la lettre de cet article pour reconnaître qu'une telle violation peut tomber dans son champ d'application. En effet, il ne vise que les BCN et les gouverneurs participent au conseil en leur nom propre et ne les représentent pas. Cependant, en tant que membres des BCN, ils tombent sous le coup de cet article.

M. Blanquet élargit cette obligation de participation à d'autres devoirs. Comme il le précise, « *la présence formelle, "physique" peut en effet bloquer le processus de décision aussi sûrement que l'absence* »⁸⁸. Il faut alors négocier, au sein du Conseil, avec un esprit ouvert, apte à la prise de décision. Une telle ouverture à la collaboration est une obligation imposée par la coopération loyale⁸⁹. L'auteur lie cette obligation au fait que le Conseil n'est plus une conférence intergouvernementale mais bien une institution de la Communauté. On retrouve ici la logique, évoquée lors de l'étude du conseil des gouverneurs, selon laquelle la participation à une institution induit une dénationalisation partielle des membres. Ces obligations montrent la prégnance de la logique de l'intégration au sein d'un système commun qui impose à chacun de réaliser sa part dans le fonctionnement d'une structure qui le dépasse. La relation entre la BCE et les BCN ne peut être limitée à ces principes classiques du droit de l'Union car un lien financier les unit.

B. La BCE : centre financier mais filiale des BCN

D'un point de vue financier, la BCE est une filiale des BCN. La BCE est une institution de l'Union, dotée de la personnalité juridique, mais aussi d'un capital auquel ont souscrit toutes les BCN du SEBC. Cette prise de participation financière est obligatoire pour toutes les BCN du SEBC, cependant, seules celles des membres de la zone euro doivent libérer intégralement leur participation. Cependant, elles n'en tirent par forcément tous les droits qu'une société mère tire d'une filiale.

Il est indispensable pour la BCE qu'elle dispose d'un capital. Il faut, selon une formule rituelle, « *maintenir à un niveau suffisant la base en capital dont la BCE a besoin pour effectuer ses opérations* »⁹⁰. Il est réparti entre toutes les BCN du SEBC, mais seules celles

2

⁸⁶ Art. 4 §7 du Règlement intérieur de la BCE : « *Les décisions peuvent aussi être prises par procédure écrite, à moins que trois membres du conseil des gouverneurs au moins ne s'y opposent. Une procédure écrite requiert: i) en principe, un délai d'au moins cinq jours ouvrables pour l'examen de l; ii) la signature de chaque membre du conseil des gouverneurs (ou de son suppléant, désigné conformément à l'article 4.4), et iii) la consignation de la décision au procès-verbal de la réunion suivante du conseil des gouverneurs.* »

⁸⁷ Cette procédure sera vue en détails dans la seconde section du chapitre suivant.

⁸⁸ BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E.* ..., pp. 134-138, ici p. 134.

⁸⁹ « *Il faut donc considérer que la mission à remplir au sein du Conseil est de discuter sur la base des intérêts nationaux afin de dégager la solution commune : autrement dit, les fonctions à remplir au sein du Conseil sont non seulement la défense des intérêts nationaux mais aussi le compromis et la prise de décision. Un État ne remplissant pas ce volet de l'obligation, violera indiscutablement l'article 5 C.E.E.* », *idem*, p. 135.

⁹⁰ La formule semble rituelle lorsque le capital de la BCE est évoqué, et notamment son augmentation. Voir le considérant 4 du règlement 1009/2000/CE du Conseil du 8 mai 2000 relatif aux augmentations de capital de la Banque centrale européenne, JO L n° 115 du 16.5.2000 p. 1 ; considérant 5 de la décision de la Banque centrale

qui appartiennent à l'Eurosystème ont l'obligation de le libérer intégralement. Il est régi par les articles 28 et 29 des Statuts. Il s'élève, selon le premier, à 5 milliards d'Euros répartis entre les BCN selon une clé de répartition déterminée par les Statuts. Ce montant peut être augmenté par le conseil des gouverneurs selon des modalités encadrées par le Conseil, qui a adopté pour ce faire un règlement en mai 2000⁹¹. Il plafonne le montant possible des augmentations à 5 milliards d'Euros. Le conseil des gouverneurs peut alors l'augmenter selon des modalités de vote proches de celles utilisées en droit des sociétés. Les votes de chaque gouverneur, selon l'article 10 paragraphe 3 des Statuts, sont pondérés « conformément à la répartition du capital souscrit de la BCE entre les banques centrales nationales », la pondération des voix des membres du directoire étant nulle, ceux-ci ne votent pas. Conformément à cette procédure, en décembre 2010, le capital a été augmenté du montant maximal prévu par le Conseil, à savoir de 5 milliards d'Euros⁹². Ceci « devrait permettre à la BCE de disposer des ressources financières suffisantes pour prendre des mesures nécessaires face à la crise financière »⁹³.

L'article 28 paragraphe 2 limite aux seules BCN la possibilité de souscrire à ce capital⁹⁴. La clé de répartition de celui-ci est calculée en additionnant deux statistiques : 50 % la part de l'Etat, dont émane la BCN, dans la population de l'Union et 50% de la part de son PIB dans l'Union⁹⁵. Elle est adaptée ensuite tous les cinq ans⁹⁶, ou lors de l'entrée d'un État dans l'Union⁹⁷. Elle est calculée sur la base de statistiques fournies par la Commission européenne conformément à une procédure déterminée par le Conseil⁹⁸. La dernière version de cette clé date de décembre 2008⁹⁹. Ce calcul est fondamental car il conditionne les modalités de vote

2

européenne du 13 décembre 2010 concernant l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne (2011/20/UE) (BCE/2010/26), précité.

⁹¹ Règlement (CE) n° 1009/2000 du Conseil du 8 mai 2000 relatif aux augmentations de capital de la Banque centrale européenne, précité.

⁹² Décision de la Banque centrale européenne du 13 décembre 2010 concernant l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne, précité.

⁹³ MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », précité, §91.

⁹⁴ J.-V. Louis rappelle que la France avait proposé une possibilité pour les États d'y souscrire. Voir LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 296-297.

⁹⁵ Voir l'art. 29 §1 des Statuts : « La clé de répartition pour la souscription au capital de la BCE, fixée pour la première fois en 1998 lors de la mise en place du SEBC, est déterminée en attribuant à chaque banque centrale nationale une pondération dans cette clé, qui est égale à la somme de :

- 50 % de la part de l'État membre concerné dans la population de l'Union l'avant-dernière année précédant la mise en place du SEBC ;
- 50 % de la part de l'État membre concerné dans le produit intérieur brut de l'Union aux prix du marché, telle qu'elle a été constatée au cours des cinq années précédant l'avant-dernière année avant la mise en place du SEBC.

Les pourcentages sont arrondis vers le bas ou vers le haut au multiple le plus proche de 0,0001 %. »

⁹⁶ Art. 29 §3 des Statuts.

⁹⁷ Art. 48 §3 des Statuts.

⁹⁸ Art. 29 §2 des Statuts. La procédure a été fixée par la décision 2003/517/CE du Conseil du 15 juillet 2003 relative aux données statistiques devant servir à adapter la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne, JO L n°181 du 19.7.2003, pp. 43-44.

⁹⁹ Décision de la BCE du 12 décembre 2008 concernant les parts exprimées en pourcentage des banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la BCE (2009/53/CE) (BCE/2008/23), JO L n° 21 du 24.1.2009, pp. 66-68.

au conseil des gouverneurs lorsque les questions financières sont abordées et la répartition des revenus et pertes monétaires du système¹⁰⁰. La Bundesbank, la Bank of England et la Banque de France détiennent, dans l'ordre décroissant, les plus grandes parts dans ce capital. L'article 47 des Statuts exempte les BCN des autres États membres, sauf à libérer une part servant à couvrir les frais de fonctionnement de la BCE. Il est intéressant de noter que cette possibilité est le seul cas où le conseil général intervient, une telle libération partielle ne peut être décidée qu'à la majorité des deux tiers du capital souscrit et la moitié des actionnaires. Toutes les autres décisions, notamment l'augmentation de capital, sont prises par le conseil des gouverneurs.

Ainsi, la majorité des décisions relatives au capital sont prises par un organe où tous les souscripteurs à celui-ci ne sont pas présents. Pour les BCN participantes, la totalité du capital doit être libéré et seulement 3,75% pour celles des États non-participants¹⁰¹. Pour les BCN fondatrices, le capital a dû être libéré au 1^{er} juin 1998¹⁰². A chaque actualisation de la clé de répartition ou d'augmentation du capital, leur part était recalculée et elles devaient libérer la différence entre leur part actualisée et leur part libérée. Les modalités du transfert des parts de capital sont déterminées par une décision de la BCE, qui précise qu'il s'effectue via le système TARGET¹⁰³. L'article 28 paragraphe 4 précise que ces parts sont inaliénables et insaisissables.

L'Eurosystème réalise une mutualisation des revenus et des pertes engendrés par l'exercice des fonctions monétaires. L'article 32 des Statuts évoque le « *revenu monétaire* », qu'il définit comme le « *revenu annuel qu'elle tire des actifs détenus en contrepartie des billets en*

¹⁰⁰ « *La détermination de la clé de répartition constitue un double enjeu. En premier lieu, il s'agit d'un enjeu de pouvoir dans la mesure où la clé joue un rôle dans le calcul de la pondération des suffrages des membres du conseil des gouverneurs de la BCE pour adopter les décisions (art. 10.3 des statuts). En second lieu, l'enjeu est financier car la clé détermine la répartition du revenu monétaire entre les BCN. En effet, la somme des revenus monétaires des BCN est répartie entre elles proportionnellement à leurs parts libérées dans le capital de la BCE* », MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation* », précité, § 94.

¹⁰¹ En 1998, le conseil général a décidé que les BCN non-participantes libèreraient 5 % du capital de la BCE, décision de la Banque centrale européenne du 1^{er} décembre 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales des États membres non participants (BCE/1998/14), JO L n° 110 du 28.4.1999, pp. 33-34.

Par une décision d'avril 2004, le conseil général a augmenté ce pourcentage à 7%, décision de la Banque centrale européenne du 23 avril 2004 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales non participantes (2004/507/CE) (BCE/2004/10), JO L n° 205 du 9.6.2004, pp. 19-20.

Suite au doublement du capital de la BCE décidé par le conseil des gouverneurs en décembre 2010, afin d'éviter une participation disproportionnée des BCN non participantes, ce pourcentage a été réduit à 3,75 %¹⁰¹. Décision de la BCE du 13 décembre 2010 concernant la libération du capital de la BCE par les banques centrales nationales n'appartenant pas à la zone euro (2011/22/UE) (BCE/2010/28), JO L n° 11 du 15.1.2011, pp. 56-57. Le considérant 5 précise clairement les raisons de cette diminution : « *Du fait de l'augmentation du capital de la BCE, les BCN n'appartenant pas à la zone euro devraient libérer 7 % de leur part respective dans l'augmentation de capital bien que les coûts de fonctionnement de la BCE ne justifient pas une contribution plus élevée en termes absolus. Afin d'éviter cette participation accrue des BCN n'appartenant pas à la zone euro aux coûts de fonctionnement de la BCE, il convient de diminuer le pourcentage que les BCN n'appartenant pas à la zone euro doivent libérer de telle sorte que les montants devant être libérés restent à un niveau semblable* ».

¹⁰² Art. 1.1 de la décision de la Banque centrale européenne du 9 juin 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la Banque centrale européenne (BCE/1998/2), JO L n° 8 du 14.1.1999, pp. 33-35.

¹⁰³ Décision de la Banque centrale européenne du 22 avril 2004 fixant les modalités des transferts des parts de capital de la Banque centrale européenne entre les banques centrales nationales et de l'adaptation du capital libéré (2004/504/CE) (BCE/2004/7), JO L n° 205 du 9.6.2004, pp. 9-12, voir notamment l'article 3.

circulation et des engagements résultant des dépôts constitués par les établissements de crédit »¹⁰⁴. Comme on le verra à la section suivante, les BCN exécutent les opérations de politique monétaire pour le compte du système et émettent les billets. C'est ainsi naturellement qu'elles en tirent des revenus. Il serait inéquitable que chacune garde le revenu qu'elle tire des activités du système. Il est alors prévu qu'après additions, ils soient répartis entre elles selon la clé de répartition dans le capital.

Le régime juridique du calcul et de la répartition du revenu monétaire est précisé dans une décision de la BCE¹⁰⁵. Certaines opérations sont aussi à mettre au compte de la BCE, notamment l'émission d'une part des billets et, depuis 2010, le programme de marché de titres. L'article 33 prévoit la répartition de ce bénéfice. Il peut être affecté à un « *fond général de réserve* »¹⁰⁶ dans la limite de 20% du bénéfice et jusqu'à ce que le fond soit équivalent à 100% du capital. Le reste du bénéfice est réparti entre les BCN conformément à la clé de répartition dans le capital de la BCE. Si jamais la BCE réalise une perte, elle est couverte par le fond de réserve et, si ce dernier n'est pas suffisant, par une part du revenu monétaire. Une décision du conseil des gouverneurs de novembre 2010 nuance cette règle. Elle prévoit qu'une partie des bénéfices réalisés par la BCE, lors de ses opérations sur les marchés de titres ou l'émission de billets, peut ne pas être distribuée aux BCN si la BCE va « *enregistrer une perte annuelle globale ou réaliser un bénéfice net annuel d'un montant inférieur au montant estimé* »¹⁰⁷.

La matière financière est particulièrement instructive sur les rapports entre la BCE et les BCN au sein du système. Tout d'abord, il existe une réelle solidarité financière entre les éléments du système, au sein duquel les bénéfices et les pertes sont répartis selon des critères prédéfinis. Il n'y a pas de concurrence entre les BCN à celle qui réalisera le plus de revenu, ceux-ci étant mutualisés au sein du système. Abordé d'un point de vue de droit des sociétés, le système peut paraître curieux. La BCE est une filiale des BCN et pourtant ce sont ses organes qui dirigent le système et donc les "sociétés mères" qui l'ont fondée. Ainsi, comme le précise R. Smits : « *Les BCN ne jouissent pourtant pas des droit normaux accordés aux actionnaires, à part celui de recevoir les profits nets réalisés par la BCE* »¹⁰⁸. En effet, ils n'ont aucun pouvoir de nomination sur les dirigeants de la BCE et ils sont soumis aux instructions de la BCE¹⁰⁹. Comme le dit cet auteur, « *Je ne connais pas de société dont la structure prévoit que*

¹⁰⁴ Art. 32 §2 des Statuts.

¹⁰⁵ Décision de la BCE, du 25 novembre 2010 concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (refonte), précité, modifiée par la décision de la BCE du 3 novembre 2011 modifiant la décision BCE/2010/23 concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (BCE/2011/18) JO L n° 319 du 2.12.2011, p. 116.

¹⁰⁶ Art. 33 §1 des Statuts.

¹⁰⁷ Décision de la BCE du 25 novembre 2010 concernant la distribution provisoire du revenu de la BCE relatif aux billets en euros en circulation et provenant des titres achetés dans le cadre du programme pour les marchés de titres (2011/10/UE) (BCE/2010/24), JO L n° 6 du 11.1.2011, pp. 35-36.

¹⁰⁸ « *The NCBs do not, however, enjoy the normal shareholder rights, except that of receiving the net profits of the ECB* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 94.

¹⁰⁹ « *the NCBs are subject to instructions of the ECB. Unlike normal shareholders, the NCBs are not able to appoint and supervise the ECB's management* », *ibidem*.

la filiale gouverne les sociétés mères, mais c'est pourtant le cas au sein de l'autorité monétaire de l'Union : la filiale (BCE) gouverne les sociétés mères (les BCN) »¹¹⁰. Il remarque, très justement, que cela trouve une explication dans l'hybridité des organes de décision : « Tout cela s'explique par le fait que l'organe principal de décision de la BCE est, avant tout, le conseil des gouverneurs, au sein duquel tous les présidents des sociétés mères sont présents, les gouverneurs des BCN, plus le directoire »¹¹¹. Ainsi se confirme le fait que la BCE, bien qu'au centre du système, est en situation de dépendance pour son fonctionnement décisionnel et matériel à l'égard des BCN qui doivent lui fournir les moyens financiers. Le système se constitue de telle manière que la BCE en soit le cœur, mais sans pour autant être totalement indépendante des BCN. Ainsi, la BCE jouit de prérogatives propres qu'elle exerce pour son compte ou au nom du système.

§.2 - Les tâches propres à la BCE

L'Eurosystème est un sous-système de l'Union européenne. Or, la BCE appartient aux deux systèmes, elle est à la tête du premier mais est aussi intégrée dans l'« *appareil institutionnel* »¹¹² de l'Union, ce que reflète le statut d'institution que le traité de Lisbonne lui confère. La BCE est détentrice d'une spécialité unique dans l'Union, elle est spécialiste de la matière monétaire. Ces qualités lui ont valu de se voir conférer, dès le traité de Maastricht, des prérogatives propres au sein de l'Union (A). La succession de crises qu'a connue l'Union est venue renforcer la BCE. La crise financière, comme celle des dettes souveraines, intéresse de près la matière monétaire. Coutumière de ce domaine, la BCE s'est vue octroyer de nouvelles attributions (B).

A. *Les tâches traditionnelles de la BCE dans l'Union européenne*

L'Eurosystème est intégré formellement à l'Union, mais les traités prennent le soin de garantir son indépendance. Bien qu'indépendant, le système doit pouvoir s'exprimer auprès de l'Union et des Etats, pour pouvoir préserver son indépendance mais aussi, et surtout, leur faire bénéficier de son expertise (1). En théorie, seules ces attributions devraient être reconnues à la BCE. L'intégration différenciée au sein de l'Union monétaire oblige à disposer d'un organe chargé de gérer la préparation de l'entrée de nouveaux membres mais aussi les rapports entre les monnaies de l'ensemble des États membres. Tâches dévolues à l'IME dans les premières phases de l'UEM, elle est aujourd'hui confiée à la BCE (2).

1) La BCE, voix de l'Eurosystème auprès des autres institutions et des États membres

¹¹⁰ « *I do not know of any ordinary corporate structure under which the subsidiary governs the parent company but this is exactly the situation within the EU's monetary authority : the subsidiary (ECB) governs the parent companies (NCBs) »*, SMITS R., « *Law of the Economic and Monetary Union* », précité, p. 367.

¹¹¹ « *All that is explicable by the fact that the main decision-making bodies of the ECB consist, first of all, of the Governing Council, on which all these parents company Presidents sit, the Governors of the NCBs, plus the Executive Board* », *idem*, pp. 367-368.

¹¹² La formule est de C. Blumann (voir BLUMANN C., « *Institutions de l'Union Européenne – Présentation générale* », précité).

La place de la BCE dans le paysage institutionnel de l'Union, et notamment sa comparaison avec le principe d'équilibre institutionnel, fera l'objet de développements substantiels dans le prochain titre. Il suffit juste ici de donner un aperçu des tâches qui lui reviennent dans ses liens avec les autres institutions. Tout d'abord, comme l'actualité le montre jour après jour, la BCE – par le biais notamment de son président – est constamment présente dans les réunions relatifs à la crise financière et à la crise des dettes souveraines. Selon leur composition, il peut s'agir soit de réunions du Conseil européen, soit du Conseil Ecofin ou de l'Eurogroupe. Ainsi, par exemple, le Conseil européen des 25 et 26 mars 2010 a confié à un groupe de travail le soin de réfléchir à des structures plus efficaces de résolution des crises. La BCE est intégrée à ce groupe¹¹³.

Le Conseil européen, dans sa composition posée par l'article 15 paragraphe 2 du TFUE, ne prévoit pas la présence d'un représentant de la BCE. Pour le Conseil Ecofin ou l'Eurogroupe, sa présence est facultative. Pour le premier, l'article 284 du TFUE précise à son paragraphe 2 que « *Le président de la Banque centrale européenne est invité à participer aux réunions du Conseil lorsque celui-ci délibère sur des questions relatives aux objectifs et aux missions du SEBC* ». Pour le second, depuis le traité de Lisbonne, il a été constitutionnalisé à l'article 137 du TFUE et fait l'objet d'un protocole annexé au traité. Il prévoit, à son article 1^{er}, que « *La Banque centrale européenne est invitée à prendre part à ces réunions* ». Une telle rédaction laisse à supposer que la BCE est invitée de droit à venir et que c'est à elle qu'appartient le choix d'y assister, ou non. Une telle version est plus claire que celle initialement prévue par la résolution du Conseil européen sur la coordination des politiques économiques¹¹⁴. Ainsi, la BCE a prévu, dans la répartition des tâches entre ses membres que J. Asmussen « *représentera également la Banque lors des réunions du Groupe de travail de l'Eurogroupe et du Comité économique et financier* »¹¹⁵.

La position prise par les membres de la BCE au sein de ces institutions et organes ne semble pas soumise à une approbation ou délégation de pouvoir de la part du conseil des gouverneurs. L'article 13 des Statuts précise que le Président représente la BCE à l'extérieur, il peut aussi désigner une autre personne, comme nous venons de le voir pour M. Asmussen. Le Règlement intérieur de la BCE évoque la délégation de pouvoirs normatifs au directoire et ne prévoit pas qu'un mandat puisse être donné au représentant du conseil. Le règlement

¹¹³ « *Le Conseil européen demande au Président du Conseil européen de mettre en place, en coopération avec la Commission, un groupe de travail composé de représentants des États membres, de la présidence tournante et de la BCE, qui présentera au Conseil, avant la fin de l'année, les mesures nécessaires pour atteindre l'objectif d'un cadre amélioré de résolution de crise et d'une meilleure discipline budgétaire, en explorant toutes les options permettant de renforcer le cadre juridique* », conclusions du Conseil européen des 25 et 26 mars 2010, pt. 7.

¹¹⁴ Résolution du Conseil européen sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'UEM et sur les articles 109 et 109B du traité, du 12 décembre 1997, (98/C 35/01), JO C n° 35 du 2/02/1998. Elle précisait que : « *Les ministres des États participant à la zone "euro" peuvent se réunir entre eux de façon informelle pour discuter de questions liées aux responsabilités spécifiques qu'ils partagent en matière de monnaie unique. La Commission ainsi que, le cas échéant, la Banque centrale européenne (BCE), sont invitées à participer aux réunions* ».

¹¹⁵ BCE, communiqué de presse du 3 janvier 2012, Répartition des compétences entre les membres du directoire de la BCE, www.bce.int.

intérieur du directoire¹¹⁶ est silencieux sur ce point. On peut en déduire que le Président a la capacité d'agir discrétionnairement. Cependant, les positions prises, notamment lors des Conseils européens, ont certainement été auparavant discutées au sein du directoire, voire du conseil des gouverneurs.

En matière d'initiative législative confiée à la BCE, la situation est plus claire. L'article 17 paragraphe 4 du règlement intérieur précise qu'elles sont adoptées par le conseil des gouverneurs¹¹⁷. On retrouve ici l'ambivalence de la prise de décision. Le droit d'initiative est confié à la BCE mais, parlant par le biais de son conseil des gouverneurs, elle reflète la perspective de l'ensemble du système. Elles peuvent intervenir dans le domaine du droit dérivé adopté par le Conseil dans le domaine monétaire¹¹⁸, de l'amendement des Statuts suivant la procédure législative ordinaire¹¹⁹ et de la conclusion d'accords de change¹²⁰. Dans les deux premiers cas, le traité ne parle pas de « proposition ». Le terme est réservé aux initiatives émanant de la Commission. Pour la BCE, le traité évoque des « recommandations ». Dans le troisième cas, le traité évoque les recommandations pour les actes émanant des deux institutions. Une telle différence terminologique semble renforcer le monopole d'initiative de la Commission, seule habilitée à rédiger des propositions. Dans les faits cependant, les recommandations de la BCE sont des propositions.

L'une des fonctions les plus révélatrices du rôle central de la BCE dans l'Eurosystème, et plus généralement dans le domaine monétaire et financier, est celle de consultation. Les institutions de l'Union et les États membres ont l'obligation de consulter la BCE dès qu'ils doivent adopter un projet de réglementation entrant dans le champ de compétence de la BCE¹²¹. Cette fonction consultative est extrêmement large. Elle concerne l'Union, les États membres appartenant et n'appartenant pas à la zone Euro. Il n'est pas nécessaire de rentrer ici dans les détails pratiques de cette consultation, amplement traités en doctrine¹²². Trois

¹¹⁶ Décision de la Banque centrale européenne, du 12 octobre 1999, concernant le règlement intérieur du directoire de la Banque centrale européenne, précité.

¹¹⁷ « *Les recommandations concernant le droit communautaire dérivé prévues à l'article 42 des statuts sont adoptées par le conseil des gouverneurs* »

¹¹⁸ Art. 129 §4 du TFUE : « *Le Conseil, soit sur **proposition** de la Commission et après consultation du Parlement européen et de la Banque centrale européenne, soit sur **recommandation** de la Banque centrale européenne et après consultation du Parlement européen et de la Commission, arrête les dispositions visées aux articles 4, 5.4, 19.2, 20, 28.1, 29.2, 30.4 et 34.3 des statuts du SEBC et de la BCE* », nous soulignons. L'article 42 des Statuts reprend cet article.

¹¹⁹ Art. 129 § 3 du TFUE : « *Les articles 5.1, 5.2, 5.3, 17, 18, 19.1, 22, 23, 24, 26, 32.2, 32.3, 32.4, 32.6, 33.1 a) et 36 des statuts du SEBC et de la BCE peuvent être modifiés par le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire. Ils statuent soit **sur recommandation** de la Banque centrale européenne et après consultation de la Commission, soit sur **proposition** de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne* », nous soulignons.

¹²⁰ Art. 219 §1 al. 1 du TFUE : « *Par dérogation à l'article 218, le Conseil, soit sur **recommandation** de la Banque centrale européenne, soit sur **recommandation** de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne en vue de parvenir à un consensus compatible avec l'objectif de la stabilité des prix peut conclure des accords formels portant sur un système de taux de change pour l'euro vis-à-vis des monnaies d'États tiers. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen et conformément à la procédure prévue au paragraphe 3* », nous soulignons. Le même type de formule est repris par l'alinéa 2 et les paragraphes 2 et 3.

¹²¹ Voir, art. 105 §4 TFUE.

¹²² Voir, avant l'entrée en fonction de la BCE : SMITS R., *The European central bank and its law*, précité, pp. 210-212 et après : ARDA A., « Consulting the European Central Bank. Legal aspects of the community and

questions sont révélatrices du rôle joué par cette consultation : qui pose les questions ? qui y répond ? et quelles sanctions en cas de non consultation ? Sur la première, un vide juridique relatif règne.

Ni le traité, ni la décision du Conseil ne précisent lesquelles des institutions de l'Union et des autorités nationales sont chargées de saisir la BCE. Cette dernière précise seulement que la BCE est consultée sur des « *projets de réglementations* » définis comme étant valables sur le territoire, généraux quant à leurs destinataires et les situations qu'ils visent¹²³. Cette définition impose deux précisions. Tout d'abord en visant « *le territoire* » et non tout le territoire, il faut comprendre que cette obligation est aussi valable pour les autorités décentralisées¹²⁴. Ensuite, la définition est trop large pour ne couvrir que les actes législatifs mais bien tout ceux de portée générale¹²⁵. Il est alors impossible de dresser une liste exhaustive des autorités devant saisir la BCE. Certains Etats ont alors adopté un acte précisant quand, comment et par qui la BCE doit être consultée.

Ensuite, c'est la BCE qui est consultée mais l'avis est adopté par le conseil des gouverneurs, selon l'article 17 paragraphe 5 du Règlement intérieur. Un tel pouvoir peut être délégué au directoire dans des conditions drastiques : il faut des « *circonstances exceptionnelles* » et trois gouverneurs – seulement – peuvent s'opposer à une telle délégation. L'article 46 paragraphe 1 des Statuts donne compétence au conseil général qui « *contribue* » aux fonctions consultatives. Cependant, l'avis est préparé et rédigé par le personnel de la BCE, comme le précise E. Lambrinoc¹²⁶.

La sanction de la non consultation est la nullité. En droit de l'Union, la jurisprudence développée par la Cour de justice à propos de la consultation du Parlement européen est claire. Il s'agit d'une violation des formes substantielles, cas d'ouverture du recours en

2

national authorities' obligation to consult the ECB pursuant to article 105(4) EC », précité; WÜRTZ M., « The legal framework applicable to ECB consultations on proposed community acts », précité ; LAMBRINOC S.E., « The legal duty to consult the European central bank. National and EU consultation », précité ; POSIUNAS G., « Consulting the European Central Bank in the Regulatory Field of the National Central Bank of the Member State of the European Union », précité et BCE, *Guide relatif à la consultation de la Banque centrale européenne au sujet des projets de réglementation*, ECB, Franckfort-sur-le-Main, 2005, 38p.. Sur les domaines matériels couverts par cette consultation voir Chapitre 1 du Titre 2 de la Première partie.

¹²³ Art. 1 §1 de la décision du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation, précité : « *Aux fins de la présente décision, on entend par: (...) "projets de réglementation", les projets relatifs à des dispositions qui, une fois qu'elles ont un caractère obligatoire et sont applicables d'une manière générale sur le territoire d'un État membre, fixent des règles qui visent un nombre indéterminé de cas et s'adressent à un nombre indéterminé de personnes physiques ou morales* ».

¹²⁴ Voir ARDA A., « Consulting the European Central Bank. Legal aspects of the community and national authorities' obligation to consult the ECB pursuant to article 105(4) EC », précité, p. 126-127.

¹²⁵ Comme le dit M. Posiunas : « *In fact, it is impossible to present the complete and/or comprehensive list of draft national legal acts, which might fall within the scope of the definite list. A lot depends on the structure of the legal system of the nation (Member State), the hierarchy of legal acts in the national legal system, the regulatory scope of certain competent authorities* » (« Consulting the European Central Bank in the Regulatory Field of the National Central Bank of the Member State of the European Union », précité, pp. 821-822, ici p. 822 ; voir aussi, LAMBRINOC S.E., « The legal duty to consult the European central bank. National and EU consultation », précité, pp. 19-20) .

¹²⁶ Elle précise que lorsque la BCE reçoit l'avis, un comité de rédaction est constitué comportant des représentants de tous les services de la BCE concernés par l'avis. C'est lui qui est chargé de rédiger l'avis sous l'égide d'une « *juriste directeur* » en lien avec les autorités ayant posé la question au la BCN de l'État concerné. Voir LAMBRINOC S.E., « The legal duty to consult the European central bank. National and EU consultation », précité, p. 36-37.

annulation prévu à l'article 263 alinéa 2 du TFUE et reconnu comme tel par la Cour de justice dans l'arrêt Roquette¹²⁷. Dans les États membres, la question est plus délicate et – comme pour le type d'acte et les autorités chargées de demander l'avis – est réglée selon les modalités nationales. La voie du recours en manquement, des articles 258 et 259 TFUE, est évidemment ouverte mais la Cour n'est pas compétente pour annuler une mesure nationale, elle ne pourra que contester la violation de l'obligation de consultation. Les principes d'équivalence et d'effectivité posés par la Cour de justice trouveront à s'appliquer en la matière et garantiront que les justiciables disposent des recours appropriés pour faire condamner l'absence de consultation de la BCE.

Pour le Conseil d'État français, l'absence de consultation obligatoire a deux conséquences selon qu'elle affecte la compétence de l'auteur. Ainsi, elle peut traduire une véritable incompétence de l'auteur comme l'absence d'avis du Conseil d'État pour les décrets qui l'exigent¹²⁸. Dans d'autres cas, elle peut ne pas constituer une « *irrégularité substantielle* »¹²⁹. En l'absence de jurisprudence sur la consultation de la BCE, on peut penser que le Conseil d'État penchera pour la première solution. L'ampleur et la nature du transfert de compétences à l'Union invite à estimer que, pour les autorités nationales, la consultation sera une condition d'existence de leur compétence.

L'obligation de consultation est large, elle touche de nombreux domaines, de nombreuses autorités – nationales comme de l'Union – sur de nombreux types d'actes. Elle signale le rôle central de la BCE dans les matières touchant de sa compétence. La doctrine, lorsqu'elle aborde l'obligation de consultation le rappelle. Pour R. Smits, « *la logique derrière l'obligation de consultation de la BCE est de s'assurer que les actes sont en accord avec les besoins de l'autorité monétaire ou au moins ont pu bénéficier des conseils experts de l'autorité monétaire* »¹³⁰. Pour A. Arda, elle permet une législation de meilleure qualité grâce à un « *dialogue technique* » entre autorités compétentes¹³¹. Cette place centrale donnée à la BCE par ses fonctions propres¹³² va venir confirmer la BCE dans son rôle central au sein du

¹²⁷ CJCE, 29 octobre 1980, SA Roquette Frères contre Conseil, aff. 138/79, Rec.1980 p. 03333, notamment § 32-37.

¹²⁸ Art. 37 §2 de la Constitution française du 4 octobre 1958 et CE, section, 10 juin 1966, P.. Voir PÉANO D., « Recours pour excès de pouvoir – Contrôle de la légalité externe », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 1150, §82. L'absence de consultation équivaut à l'incompétence lorsque va « *manifester l'existence d'un véritable pouvoir de codécision partagé entre l'organe à consulter et l'autorité signataire* ». Le motif sera alors d'ordre public.

¹²⁹ Selon la formule de P.-L. Frier et J. Petit (FRIER P.-L. & PETIT J., *Précis de droit administratif*, 6^{ème} Ed., précité, p. 485). Voir, CE Assemblée, 7 mai 1975, Association des amis de l'abbaye de Fontevaud, Recueil p. 179.

¹³⁰ « *The rationale behind the prior consultation of the ECB is to assure that acts are attuned to the needs of the monetary union or at least will have the benefit of expert advice from the monetary authority* », SMITS R., *The European central bank and its law*, précité, p. 210.

¹³¹ « *The involvement of the ECB pursuant to Article 105(4) EC seeks to enhance the quality of legislation in the Community by a dialogue on a technical level with the authorities concerned and providing technical expertise from a Community point of view* », ARDA A., « Consulting the European Central Bank. Legal aspects of the community and national authorities' obligation to consult the ECB pursuant to article 105(4) EC », précité, p. 120.

¹³² Il faut aussi mentionner le rôle qui lui est confié par l'article 66 du TFUE (« *Lorsque, dans des circonstances exceptionnelles, les mouvements de capitaux en provenance ou à destination de pays tiers causent ou menacent de causer des difficultés graves pour le fonctionnement de l'Union économique et monétaire, le Conseil, statuant sur proposition de la Commission et après consultation de la Banque centrale européenne, peut prendre, à*

système. Cette qualité est confirmée par le rôle donné à la BCE dans certaines tâches spécifiques.

2) La BCE détentrice des missions héritées de l'Institut monétaire européen

L'article 43 des Statuts est clair, tant que certains États feront l'objet d'une dérogation : « *La BCE assure les anciennes tâches de l'IME visées à l'article 141, paragraphe 2* » du TFUE. Ce dernier confie 5 missions en propre à la BCE : renforcer la coopération entre les BCN, assurer la « *coordination de leurs politiques monétaires* », superviser le « *fonctionnement du mécanisme de taux de change* », procéder à des consultations dans le champ de compétence des BCN et affectant « *la stabilité des établissements et marchés financiers* » et exercer les tâches du FECOM transférées précédemment à l'IME. Deux de ces tâches, complémentaires, ont fait l'objet de développements plus substantiels : celles en lien avec les taux de change. La notion de « *mécanisme de taux de change* » est reprise à l'article 142 du TFUE. Ce dernier impose aux États qui n'appartiennent pas à la zone euro de traiter leur politique de taux de change « *comme un problème d'intérêt commun* » et propose, pour ce faire, la mise en place de ce mécanisme. Déjà présent dans le TCE, à l'article 124 paragraphe 1, cet article a conduit à la mise en place du Mécanisme européen de change, dit aussi MCE II¹³³. Il faut rappeler que la participation est y facultative.

Le mécanisme fonctionne en deux temps. Dans un premier temps, le cours pivot de chaque monnaie participante devra être fixé par rapport à l'euro¹³⁴. Il est fixé par une « *procédure commune* »¹³⁵, unique en son genre, dans laquelle la BCE intervient en propre. Le taux est fixé d'un commun accord entre les ministres des États membres participants, la BCE, les ministres et les gouverneurs des BCN des États non participants. Les BCN de la zone euro sont exclues, confirmant qu'en la matière c'est la BCE qui représente l'intérêt monétaire de la zone euro. Rien n'est précisé sur l'identité du représentant de la BCE en la matière. Conformément à l'article 13 paragraphe 2 des Statuts, c'est le président qui représente la BCE à l'extérieur. Le conseil des gouverneurs a précisé, dans une « *position de principe* » que la seule condition de participation est que l'État dispose de conditions financières et budgétaires saines¹³⁶.

2

l'égard de pays tiers, des mesures de sauvegarde pour une période ne dépassant pas six mois pour autant que ces mesures soient strictement nécessaires ») et l'article 140 TFUE (« *Tous les deux ans au moins, ou à la demande d'un État membre faisant l'objet d'une dérogation, la Commission et la Banque centrale européenne font rapport au Conseil sur les progrès réalisés par les États membres faisant l'objet d'une dérogation dans l'accomplissement de leurs obligations pour la réalisation de l'Union économique et monétaire* »).

¹³³ Résolution du Conseil européen sur l'établissement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'union économique et monétaire Amsterdam, le 16 juin 1997, JO n° C 236 du 2.8.1997, pp. 5-6. Voir *supra* Introduction.

¹³⁴ Pt. 1.7 de la résolution du Conseil européen sur l'établissement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'union économique et monétaire, précité.

¹³⁵ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 78 (sur le MEC II voir pp. 75-80).

¹³⁶ BCE, *Position de principe du conseil des gouverneurs de la BCE concernant les questions de taux de change relatives aux pays adhérents*, 18 décembre 2003. Elle précise que : « *L'adhésion au MCE II n'est pas soumise à un ensemble de critères préétablis et il n'existe aucune condition préalable à remplir pour intégrer le mécanisme* ».

Une fois le cours pivot fixé, la gestion du mécanisme est confiée à la BCE et aux BCN qui ne participent pas à la zone euro qui en précisent les conditions dans un accord signé entre elles. Les BCN de l'Eurosystème, ne sont pas formellement présentes à l'accord¹³⁷. L'accord charge, sans surprises, le conseil général de la gestion du MCE II¹³⁸. Il met en place des mécanismes d'intervention sur les marchés permettant à la monnaie en cause de maintenir son cours pivot. Ainsi, la BCE et la BCN concernée vont définir des marges, au sein des marges de fluctuation, venant déclencher leurs interventions¹³⁹. L'article 6 paragraphe 1 de l'accord précise que : « *Pour les besoins des interventions en euros et dans les monnaies participantes n'appartenant pas à la zone euro, la BCE et chaque BCN participante n'appartenant pas à la zone euro s'ouvrent mutuellement des facilités de crédit à très court terme* ». Il est frappant que le compte ne soit ouvert que pour la BCE, les BCN du système ne participent alors pas. Dernière tâche héritée de l'IME, la BCE est chargée – en parallèle de la Commission – de rédiger tous les deux ans un rapport sur les progrès réalisés par les États non participants dans leur convergence vers les conditions d'entrée dans la zone euro¹⁴⁰. Ici la nature duale de la BCE, centre du système mais aussi institution membre de l'Union, est évidente. Elle représente l'intérêt monétaire de la zone euro, qui est l'intérêt du système. C'est au nom de cette spécialité qu'elle se voit reconnaître des tâches propres, qui n'ont fait que se multiplier avec la crise.

B. Les crises et la dévolution de nouvelles tâches à la BCE

La BCE a vu ses tâches propres se développer suite à la crise financière et à la crise des dettes souveraines qui ont touché l'Union européenne depuis 2007. Chacune de ces crises a

¹³⁷ Un premier accord a été signé le 1^{er} décembre 1998 (Accord du 1^{er} septembre 1998 fixant entre la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 345 du 13.11.1998, p. 6).

Ayant été de nombreuses fois modifié, il a été remplacé par un nouvel accord du 16 mars 2006. Accord du 16 mars 2006 fixant entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 73 du 25.3.2006, p. 21 modifié par : l'accord du 21 décembre 2006 entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro modifiant l'accord du 16 mars 2006 fixant entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 14 du 20.1.2007, p. 6 ; l'accord du 14 décembre 2007 entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro modifiant l'accord du 16 mars 2006 fixant entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 319 du 29.12.2007, p. 7 ; l'accord du 8 décembre 2008 entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro modifiant l'accord du 16 mars 2006 fixant entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 16 du 22.1.2009, p. 10 et l'accord du 13 décembre 2010 entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro modifiant l'accord du 16 mars 2006 fixant entre la BCE et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 5 du 8.1.2011, p. 3. Chacune de ces modifications correspond à l'entrée d'un État ou plusieurs États dans la zone euro et ainsi sa sortie corrélative du mécanisme. Celui de décembre 2006 permet, en outre, l'entrée des BCN de Roumanie et de Bulgarie au sein du système.

¹³⁸ *Idem*, art. 16.

¹³⁹ *Idem*, art. 1 §2.

¹⁴⁰ Art. 140 §1 TFUE.

engendré une réforme institutionnelle, au sein de laquelle la BCE s'est vue confier des rôles spécifiques, en raison de son expertise. Ainsi, la crise financière a induit la création d'un système de surveillance macroprudentielle au sein duquel elle joue un rôle central (1). La crise des dettes souveraines a conduit à la mise en place d'un mécanisme de stabilité entre les États membres dans lequel la BCE a des fonctions d'expertise et opérationnelles (2).

1) Le rôle dominant de la BCE au sein du Comité européen du risque systémique
Le Comité européen du risque systémique (dit CERS) est l'un des éléments du Système européen de supervision financière mis en place par l'Union après la crise financière engendrée par celle des subprimes¹⁴¹. Consciente de la nécessité d'une meilleure supervision du secteur financier, l'Union a confié à un groupe d'experts de soin de réfléchir à une nouvelle architecture pour sa régulation. Présidé par J. de Larosière, ce groupe a rendu son rapport le 25 février 2009¹⁴². Il préconisait la création d'autorités de contrôle sectoriel microprudentiel dans le domaine des services financiers, de la banque et des assurances¹⁴³. Mais, surtout, le rapport prônait l'établissement d'une autorité de surveillance macroprudentielle car son absence est en partie cause de la crise¹⁴⁴. Suivant les recommandations du rapport, une réforme de grande ampleur a été menée¹⁴⁵, instaurant : trois autorités de surveillance microprudentielle¹⁴⁶ et le Comité européen du risque systémique¹⁴⁷. Dans sa structure et sa composition, le CERS octroie une position centrale à la BCE et au SEBC, comme le prévoyait le rapport Larosière¹⁴⁸, même si les débats ont conduit à limiter sa place. L'implication de la BCE au sein du comité est double : personnelle et fonctionnelle. Ses membres sont très présents dans les organes de direction et notamment, le plus important,

¹⁴¹ Pour une analyse du déclenchement de la crise et de la réponse apportée par les autorités nationales, voir GARRIGUE G., *L'Europe face à la crise financière – Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes*, n° 1291, 3 décembre 2008. Pour une perspective critique voir : LEQUESNE-ROTH C., « Retour sur la crise des "subprime" – Autopsie d'une déraison d'État », *RIDE*, 2009/2, pp. 219-242.

¹⁴² The High Level Group of Financial Supervision in the EU, *Report* (dit Rapport Larosière), 25 february 2009. Sur les suites nationales et européennes du rapport, voir, SOUSI B., « Entretien avec J. de Larosière », *Euredia*, 2009, n° 2, pp. 229-231.

¹⁴³ *Idem*, recommandation 18 pp. 54-55.

¹⁴⁴ « Les mécanismes actuels de surveillance dans l'UE accordent trop d'importance à la surveillance individuelle des établissements de crédit et pas assez à l'aspect macroprudentiel », *idem*, p. 45.

¹⁴⁵ Sur cette réforme, voir MARTUCCI F., LASSERRE CAPDEVILLE J. & KOVAR J.-P., « Le système européen de surveillance financière », *Europe*, Juin 2011, pp. 4-9 et P.-E. PARTSCH, « Droit bancaire et financier européen », *JDE*, Janvier 2010 n° 165, pp. 13-19.

¹⁴⁶ Voir, pour le secteur bancaire le Règlement 1093/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 12-47 ; pour le secteur des assurances le règlement 1094/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 48-83 ; pour le secteur financier le Règlement 1095/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 84-119.

¹⁴⁷ Règlement 1092/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 1-11.

¹⁴⁸ Il précisait que « Un nouveau groupe dénommé Conseil européen du risque systémique (European Systemic Risk Board – ESRC), remplaçant l'actuel comité de surveillance bancaire de la BCE, devrait être mis en place sous les auspices de la BCE et avec son appui logistique », *Rapport Larosière*, précité, p. 50.

le conseil général dont le président et le vice-président de la BCE sont membres, ainsi que les gouverneurs des BCN. Cependant, leur composition est beaucoup plus large puisqu'on dénombre 65 membres dont 47 ont un droit de vote¹⁴⁹. Le Président de la BCE préside le CERS¹⁵⁰ et le vice-président doit être désigné parmi le conseil général du SEBC (article 5 paragraphe 2), avec une préférence pour un gouverneur d'une BCN hors de la zone Euro, celui de la Banque d'Angleterre a été désigné à ce poste¹⁵¹. Le SEBC est dominant dans ce conseil, confirmant la complémentarité entre leur compétence monétaire et la stabilité financière.

Cette domination structurelle se confirme fonctionnellement. Un règlement du Conseil est venu confier des missions spécifiques à la BCE au soutien du CERS¹⁵². Tout d'abord, elle est chargée du secrétariat du CERS qui est basé, comme elle, à Francfort¹⁵³. Le chef de ce secrétariat n'est pas nommé par le Comité mais « *par la BCE en consultation avec le conseil général du CERS* »¹⁵⁴. Ce secrétariat est complété, logiquement, pas une assistance concrète de la BCE. Ainsi, elle doit collecter et traiter des informations au nom du CERS, préparer des analyses pour son compte, etc¹⁵⁵. L'article 2 d) précise que la BCE doit assurer : « *le soutien au CERS dans le cadre de la coopération internationale à l'échelon administratif avec d'autres organismes compétents en matière macroprudentielle* ». Ainsi, au sein de l'Union, les tâches de la BCE ne s'arrêtent pas à la frontière de l'Eurosystème mais se développent lorsque ses connaissances sont nécessaires.

2) Le rôle annexe de la BCE au sein du Mécanisme européen de stabilité

A la crise financière a fait suite la crise des dettes souveraines. Le rôle crucial joué par la BCE dans celle-ci sera abordé au titre suivant. Il importe ici de souligner que dans les mécanismes mis en place pour résoudre cette seconde crise, les États ont confié de nouvelles tâches à la BCE. Elle n'est pas le maillon central des solutions trouvées par les États membres mais y

¹⁴⁹ Ces chiffres sont repris de l'article FERRAN E. & ALEXANDER K., « Can Soft Law Bodies be Effective? The Special Case of the European Systemic Risk Board », *ELR*, 2010, pp. 751-775 (chiffres p. 764).

Le conseil est aussi composé d'un représentant de la Commission, des présidents des trois autorités sectorielles nouvelles créées et des présidents des comités techniques et consultatifs du CERS. Il faut rajouter des membres sans droit de vote, un représentant de comité économique et financier et un représentant par État des autorités de surveillance prudentielle nationales.

¹⁵⁰ Art. 5 §1 du règlement 1092/2010/UE. Le règlement prévoit (art. 5 §1) que pour la nomination du second président du CERS se fera selon une autre procédure, indéfinie pour le moment. Une telle solution résulte d'un compromis au Conseil où le Royaume-Uni s'opposait à une règle désignant automatiquement le Président de la BCE à la présidence du CERS, voir LOUIS J.-V., « Le comité européen du risque systémique », précité, pp. 660-661.

¹⁵¹ L'article 5 §2 du règlement (UE) 1092/2010 y incite en précisant que : « *Le premier vice-président est élu par les membres du conseil général de la BCE au sein de celui-ci pour un mandat de cinq ans, eu égard à la nécessité d'une représentation équilibrée des États membres dans leur ensemble ainsi qu'entre les États membres dont la monnaie est l'euro et ceux dont la monnaie n'est pas l'euro.* »

¹⁵² Règlement 1096/2010/UE du Conseil du 17 novembre 2010 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques relatives au fonctionnement du Comité européen du risque systémique, JO L n° 331 du 15.12.2010, pp. 162-164.

¹⁵³ *Idem*, Art. 2.

¹⁵⁴ *Idem*, Art. 3 §2.

¹⁵⁵ Pour une liste détaillée voir *ibidem* art. 2.

participe. Les justifications de son intervention restent les mêmes que précédemment, à savoir son expertise dans certaines matières.

Face à la crise des dettes souveraines, deux mécanismes ont été successivement mis en place : le Fonds européen de stabilité financière (FESF) puis le Mécanisme européen de stabilité (MES), qui est appelé à succéder au premier. Celui-ci a une structure hybride et originale au sein de l'Union. Le Fonds est une société luxembourgeoise de droit privé avec laquelle les États membres ont conclu un accord, amendé par la suite au fil des rebondissements de la crise¹⁵⁶. Parallèlement, l'Union créait son propre mécanisme (le Mécanisme européen de stabilisation financière, MESF) sur le fondement de l'article 122 paragraphe 2 du TFUE¹⁵⁷ par le biais d'un règlement du Conseil¹⁵⁸. Ces deux mécanismes ont pour but d'allouer des fonds aux États connaissant une difficulté pour financer leur dette sur les marchés.

Au sein du MESF, la Commission et l'État membre concerné font un bilan de la situation, avec l'appui de la BCE¹⁵⁹. Au sein du FESF, la Commission, le FMI et la BCE sont chargées de négocier avec l'État un « *memorandum of understanding* » qui devra ensuite être signé par la Commission au nom des États membres de la zone Euro¹⁶⁰. Il sera suivi par un « *Financial Assistance Facility Agreement* » proposé par la Commission, assistée de la BCE puis adopté par l'Eurogroupe¹⁶¹. Une fois l'aide décidée, dans les deux mécanismes, la BCE joue un rôle opérationnel. Au sein du MESF, la Commission se coordonne avec la BCE pour le versement de l'aide qui se fait par un compte ouvert par l'État bénéficiaire au sein de sa BCN et relié à TARGET¹⁶².

Au sein du FESF, celui-ci a seulement la possibilité de passer par la BCE¹⁶³ et il peut aussi utiliser TARGET¹⁶⁴. Enfin, la BCE joue un rôle dans le suivi. L'octroi de ces prêts est conditionné au respect de conditions de réformes structurelles par l'État membre et peut être

¹⁵⁶ Seule une version en anglais de ce texte est disponible. Il s'agit du *EFSF Framework Agreement* (as amended with effect from the Effective Date of the Amendments) between Kingdom of Belgium, Federal Republic of Germany, Republic of Estonia, Ireland, Hellenic Republic, Kingdom of Spain, French Republic, Italian Republic, Republic of Cyprus, Grand Duchy of Luxembourg, Republic of Malta, Kingdom of the Netherlands, Republic of Austria, Portuguese Republic, Republic of Slovenia, Slovak Republic, Republic of Finland and European Financial Stability Facility, 7 june 2010 amended 13 july 2011 and 21 july 2011, www.efsf.europa.eu.

Sur la genèse de ce fond et ses amendements, voir PLAGNOL G., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi n° 4337 (procédure accélérée) autorisant la ratification de la décision du Conseil européen modifiant l'article 136 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro, et le projet de loi n° 4336 (procédure accélérée) autorisant la ratification du traité instituant le mécanisme européen de stabilité*, n°4347 et 4348, 14 décembre 2012, pp. 7-12.

¹⁵⁷ « *Lorsqu'un État membre connaît des difficultés ou une menace sérieuse de graves difficultés, en raison de catastrophes naturelles ou d'événements exceptionnels échappant à son contrôle, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut accorder, sous certaines conditions, une assistance financière de l'Union à l'État membre concerné. Le président du Conseil informe le Parlement européen de la décision prise.* »

¹⁵⁸ Règlement 407/2010/UE du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière, JO L n° 118 du 12.5.2010, pp. 1-4.

¹⁵⁹ *Idem*, art. 3 §1.

¹⁶⁰ *Idem*, art. 2 §1 a) i) du E

¹⁶¹ *Idem*, art. 2 §1 a) ii).

¹⁶² *Idem*, art. 8.

¹⁶³ Art. 12 §2 du EFSF Framework Agreement.

¹⁶⁴ Le système de paiement est mentionné (*idem*, article 13 §9, qui définit le système Target) sans que l'accord ne précise d'obligation de l'utiliser.

suspendu en cas de non respect. Au sein du FESF¹⁶⁵, la BCE fait partie des institutions désignées pour vérifier le respect de cette conditionnalité¹⁶⁶.

Ces deux mécanismes n'ont pas réellement convaincu les marchés et n'ont pas mis un terme à la crise des dettes souveraines, comme l'ont montré les amendements au FESF Framework Agreement¹⁶⁷. La nécessité de mettre en place un mécanisme plus pérenne a conduit à la signature du traité sur le Mécanisme européen de stabilité le 2 février 2012¹⁶⁸. Une première version du traité avait été signée le 11 juillet 2011 mais les perturbations constantes, et croissantes, sur les marchés financiers ont conduit à la nécessité d'une renégociation du traité avant même le début du processus de ratification. La procédure de ratification de ce nouveau traité est en cours. Le MES sera une organisation internationale non dépourvue de liens organiques avec l'Union. La Commission et les BCE y jouent des rôles similaires qu'au sein de FESF et la Cour de justice a une compétence résiduelle pour régler les différends¹⁶⁹.

Sa structure se compose d'un conseil des gouverneurs où chaque gouverneur est nommé par les États membres¹⁷⁰. La BCE, ainsi que la Commission, peuvent y participer en tant qu'observateurs¹⁷¹. De même, chaque gouverneur nomme un administrateur qui siègera au conseil d'administration où le président de la BCE peut être observateur¹⁷². Le capital du MES est divisé selon la clé de répartition du capital au sein du SEBC¹⁷³. Le MES a pour but de « *fournir à un membre du MES un soutien à la stabilité, subordonné à une stricte conditionnalité* »¹⁷⁴. L'article 13 du traité donne mission à la BCE de soutenir la Commission

¹⁶⁵ Au sein du MESF, ce rôle est uniquement dévolu à la Commission (voir l'article 4 §2 du règlement (UE) n° 407/2010 du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière).

¹⁶⁶ Art. 9 §1 du EFSF Framework Agreement.

¹⁶⁷ Par exemple, le 11 mars 2011 la répartition des parts au sein du Fond ont dues être modifiées car les agences de notation ont fait part de leur intention de ne pas donner la note « triple A » au fond « *à la condition que chaque financement accordé par le FESF soit couvert par des garanties de pays disposant de cette note* » (PLAGNOL G., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères...*, précité, p. 9).

¹⁶⁸ Traité instituant le mécanisme européen de stabilité entre le Royaume de Belgique, la République fédérale d'Allemagne, la République d'Estonie, l'Irlande, la République hellénique, le Royaume d'Espagne, la République française, la République italienne, la République de Chypre, le Grand-Duché de Luxembourg, Malte, le Royaume des Pays-Bas, la République d'Autriche, la République portugaise, la République de Slovénie, la République slovaque, la République de Finlande signé à Bruxelles le 2 février 2012. Son adoption a nécessité la révision de l'article 136 du TFUE, selon la procédure de révision simplifiée.

Pour un commentaire de la première version des dispositions du traité voir LOUIS J.-V., « The unexpected revision of the Lisbon Treaty and the establishment of the European Stability Mechanism », in *Cahier Comte Boël n° 15 : How to strengthen the European Monetary Union*, pp. 17-39 (<http://www.electe.eu/documents/pub/B15.pdf>).

¹⁶⁹ Le Considérant 16 du traité semble donner une compétence générale à la Cour : « *Conformément à l'article 273 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("TFUE"), la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour connaître de tout litige entre les parties contractantes ou entre celles-ci et le MES au sujet de l'interprétation et de l'application du présent traité* ». Son article 37 limite sa compétence. En cas de litige entre le MES et un de ses membres ou entre eux, c'est à son conseil des gouverneurs du MES de décider et ensuite, comme le précise le paragraphe 3 de l'article : « *Si un membre du MES conteste la décision visée au paragraphe 2, le litige est soumis à la Cour de justice de l'Union européenne. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne est contraignant pour les parties, qui prennent les mesures nécessaires pour s'y conformer dans le délai fixé par la Cour dans son arrêt* ».

¹⁷⁰ Idem, art. 5 §1.

¹⁷¹ Idem, art. 5 §2.

¹⁷² Idem, art. 6 §1 et 2.

¹⁷³ Idem, art. 11.

¹⁷⁴ Idem, art. 12.

dans son évaluation de la demande de soutien financier d'un Etat¹⁷⁵. C'est au conseil des gouverneurs du MES qu'il appartient d'autoriser ce soutien, auquel cas la Commission sera chargée « *en liaison avec la BCE et, lorsque cela est possible, conjointement avec le FMI – de négocier avec le membre du MES concerné un protocole d'accord définissant précisément la conditionnalité dont est assortie cette facilité d'assistance financière* »¹⁷⁶. Le Conseil des gouverneurs du MES peut décider d'aider un État en intervenant directement sur le marché secondaire. Il devra, dans ce cas là, décider sur la base d'une analyse de la BCE¹⁷⁷. Enfin, la BCE apporte aussi un soutien au suivi de la conditionnalité¹⁷⁸. En revanche, le traité n'évoque pas un rôle opérationnel pour la BCE. Le dernier traité signé pour la résolution de la crise financière, le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'UEM évoque la BCE afin d'inviter son président aux sommets de la zone euro¹⁷⁹.

Au-delà du constat évident que les prérogatives de la BCE se sont accrues, confirmant son caractère incontournable, les justifications données pour ces attributions sont intéressantes. Ainsi, le vingt-quatrième considérant du règlement instituant le CERS précise que : « *La BCE et les banques centrales nationales devraient jouer un rôle de premier plan dans la surveillance macroprudentielle en raison de leur expertise et de leurs responsabilités existantes en matière de stabilité financière.* ». Le texte insiste aussi sur la crédibilité de la BCE pour justifier du rôle prépondérant de son président¹⁸⁰. L'accord relatif au FESF et le traité établissant le MES ne donnent aucune justification pour le rôle confié à la BCE. Il semble évident que les mêmes raisons prévalent : l'expertise et la crédibilité de la BCE en la matière lui donne toute légitimité pour intervenir. Une logique déjà vue, et qu'on retrouvera, semble ici à l'œuvre. Plus une matière sera proche de celle de la BCE et plus celle-ci sera

¹⁷⁵ Art. 13 §1 : « *Un membre du MES peut adresser une demande de soutien à la stabilité au président du conseil des gouverneurs. Cette demande indique le ou les instruments d'assistance financière à envisager. Dès réception de cette demande, le président du conseil des gouverneurs charge la Commission européenne, en liaison avec la BCE* »

¹⁷⁶ Idem, art. 13 §3.

¹⁷⁷ Idem, art. 18 : « *1. Le conseil des gouverneurs peut décider de prendre des dispositions pour mener des opérations sur le marché secondaire relatives aux titres émis par un membre du MES, conformément à l'article 12, paragraphe 1.*

2. Les décisions d'intervenir sur le marché secondaire pour faire face au risque de contagion sont prises sur la base d'une analyse de la BCE constatant l'existence d'une situation exceptionnelle sur les marchés financiers et de risques pour la stabilité financière ».

¹⁷⁸ Idem, art. 13 §7 : « *La Commission européenne – en liaison avec la BCE et, lorsque cela est possible, conjointement avec le FMI – est chargée de veiller au respect de la conditionnalité dont est assortie la facilité d'assistance financière.* »

¹⁷⁹ Art. 12 §1 al. 2 TSCG, voir *infra* Chapitre 1 du Titre suivant sur ce sommet.

Ce texte semble d'ailleurs d'un apport limité, voir pour des premières analyses : VITORINA A., « Le « TSCG » : beaucoup de bruit pour rien ? », *Notre Europe*, DEHOUSSE R., « Le "pacte budgétaire" : incertitudes juridiques et ambiguïté politique », *Notre Europe*.

¹⁸⁰ « *Un système de surveillance macroprudentielle nouvellement défini a besoin d'être dirigé par une personnalité crédible et de grande notoriété. Dès lors, étant donné son rôle clé ainsi que sa crédibilité interne et internationale, et dans l'esprit des recommandations du rapport de Larosière, le président de la BCE devrait exercer la présidence du CERS pendant un premier mandat de cinq années suivant l'entrée en vigueur du présent règlement. En outre, il faut renforcer l'obligation de rendre des comptes, et les organes du CERS devraient pouvoir s'appuyer sur un large éventail d'expériences, de parcours professionnels et d'avis.* », Règlement (UE) 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, précité, considérant 12.

intégrée. Ainsi, l'intervention du MES sur le marché secondaire ne peut se faire qu'après avis de la seule BCE, dont la spécialité dans le domaine est indéniable. C'est sa spécialité, son expertise qui font d'elle le cœur de l'Eurosystème. Elle dispose, en son sein, d'une existence à part. Mais, le système et la BCE ne peuvent fonctionner que grâce à l'intégration des BCN.

Section 2 - Les BCN à la périphérie du système

Les relations décisionnelles et financières ont mis à jour la complexité des liens systémiques entre les deux entités. Cette complexité se retrouve dans l'étude des BCN. Elles disposent d'une marge de manœuvre permettant d'en faire des entités distinctes du système et de la BCE. Sans surprise, c'est leur spécialité et leur expertise nationale qui justifient en partie ce rôle. En prévoyant la possibilité de leur faire exécuter certaines tâches au nom du système, les BCN disposent d'une « *compétence personnelle* » propre¹⁸¹. Il est impossible de se limiter à un tel constat.

Tournant autour de la polysémie de la notion de compétence, il faut rappeler que c'est au nom de leur compétence technique que les BCN existent encore et disposent d'une compétence juridique propre. Cependant, en tant que membres du système, elles ont dû s'adapter à ces règles (§1). Ce n'est qu'à cette condition que les BCN peuvent participer au système et se voir reconnaître le droit d'exécuter des missions (§2).

§.1 - Les BCN : des institutions sauvegardées sous contrôle

Avant de voir les raisons pratiques et les conditions dans lesquelles les BCN sont maintenues, il faut comprendre que ce maintien rompt, en partie, avec la dialectique des relations entre les États et l'Union. L'article 4 paragraphe 2 du TUE consacre dans leurs rapports, le respect de « *leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale* ». Le Professeur Mouton y voit là un « *droit fondamental de l'État membre de l'Union européenne* » qui serait « *à la fois un État souverain, mais en même temps, en tant qu'État intégré, un État titulaire de droits fondamentaux* »¹⁸². Suivant cette proposition, certains estiment que le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États¹⁸³ s'inscrit

¹⁸¹ EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, précité.

¹⁸² L'auteur rajoute que « *De ce point de vue, la reconnaissance de droits fondamentaux concrétise un phénomène d'endiguement accompagnant une souveraineté pourtant sauvegardée dans son principe* », MOUTON J.-D., « Introduction : présentation d'une proposition doctrinale » in BARBATO J.-C. & MOUTON J.-D., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne – Réflexions à partir des notions de solidarité et d'identité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 1-17. Pour une première formulation de cette « *proposition doctrinale* » voir MOUTON J.-D., « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? » in *Les dynamiques du Droit européen en début de siècle – Études en l'honneur de J.-C. Gautron*, Pedone, Paris, 2004, pP. 463-477. Voir aussi l'approche critique de cette proposition (BARBOU des PLACES S., « Conclusion : les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale » in BARBATO J.-C. & MOUTON J.-D., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne – Réflexions à partir des notions de solidarité et d'identité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pP. 289-326)

¹⁸³ Sur cette notion voir *supra* Chapitre 2 de Titre 1 de la Première partie et *infra* chapitre suivant.

dans cette logique¹⁸⁴. Ce principe postule « *l'indifférence* » du droit communautaire qui laisse « *les États membres maîtres de leur aménagement institutionnel* »¹⁸⁵.

Comme on le sait, cette indifférence s'arrête là où l'unité d'application du droit de l'Union est en péril¹⁸⁶. Or, même si la monnaie faisait partie de l'identité des États, ces derniers ont choisi de transférer cette compétence à l'Union. Mais il ne s'est pas agi simplement de transférer un pouvoir décisionnel mais aussi de mettre en place un système capable de gérer la monnaie unique. Pour cela, le maintien des BCN était indispensable (A). Mais, la contrainte systémique aboutit à nier en partie les spécificités nationales et à adapter les BCN aux exigences de la monnaie unique (B).

A. *Les raisons de la sauvegarde des BCN*

Deux raisons principales, et complémentaires, justifient le maintien des BCN et leur intégration au sein du système. Une troisième raison, historique, est à prendre en compte. Les projets de Statuts du SEBC ont été rédigés par le Comité des gouverneurs, composé des gouverneurs des BCN. Il est logique qu'ils aient construit un système où leurs institutions ont une place spécifique. Ensuite, il aurait été délicat de supprimer des institutions parfois centenaires et totalement fonctionnelles (1). D'autant que les fonctions des banques centrales ne se limitent pas à la monnaie, beaucoup d'entre elles exercent des fonctions annexes et continuent de le faire (2).

1) Un échelon effectif et préexistant

Les raisons évoquées par la doctrine pour la sauvegarde des BCN sont relativement similaires à celles qui justifient le principe d'administration indirecte au sein de l'Union. Elles sont multiples mais peuvent être résumées à deux catégories : l'échelon national préexiste à l'échelon européen, ne doit pas disparaître et par sa position et son expérience, il est voué à être plus efficace que l'échelon européen.

Comme le rappelle B. Le Baut-Ferrarese : « *Si l'ordre juridique communautaire vient enchâsser des ordres juridiques étatiques, il ne faut pas perdre de vue que ces derniers préexistaient au premier, et que, pour leur propre fonctionnement, ils étaient eux mêmes déjà nantis de toutes les structures nécessaires. Pourquoi alors ne pas faire bénéficier le droit*

¹⁸⁴ À propos de ce principe, le Pr. Ritleng se demande si « *Ne peut-on pas voir dans ce principe communautaire la première reconnaissance de l'identité constitutionnelle propre à chaque État membre ?* », RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale » in BARBATO J.-C. & MOUTON J.-D., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne – Réflexions à partir des notions de solidarité et d'identité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 21-47. En faisant référence aux travaux de J.-D. Mouton, R. Mehdi s'interroge aussi (voir MEHDI R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 685-726, ici pp. 687-695).

¹⁸⁵ La formule est empruntée à D. Ritleng : RITLENG D., « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », précité, p. 32.

¹⁸⁶ « *La contrepartie de cette autonomie réside, du reste, dans l'impossibilité pour les États membres de se prévaloir des participants de leur système constitutionnel pour se libérer de leurs obligations communautaires. Cette indifférence perdure, lorsque sont en jeu aussi bien l'exécution effective du droit communautaire que son respect dans l'exercice des compétences nationales* », idem, pp. 32-33.

communautaire de l'expérience des droits internes ? »¹⁸⁷. Une telle remarque est valable pour l'Eurosystème. De manière pragmatique, comme le rappelle J.-V. Louis, les BCN disposaient – et disposent toujours – d'un personnel nombreux. Leur disparition aurait eu pour conséquence la disparition de ces emplois¹⁸⁸. Ensuite, l'efficacité de la politique monétaire est liée à la crédibilité que le marché donne à la banque centrale¹⁸⁹. Les BCN ont construit des relations privilégiées avec les marchés nationaux qui ont tous leurs spécificités¹⁹⁰. Une relation de confiance est indispensable dans la matière monétaire¹⁹¹. La création *ex nihilo* d'une banque centrale ne disposant d'aucune expérience eut été problématique et aurait – sans doutes – suscité la méfiance des marchés, contrairement à un système s'appuyant sur les expériences souvent centenaires des BCN¹⁹².

D'un point de vue plus pragmatique, la volonté de ne pas créer une administration communautaire pléthorique justifie que l'Union s'appuie largement sur les administrations nationales¹⁹³, y compris en matière monétaire¹⁹⁴. Il ne faut d'ailleurs pas oublier celui de l'acceptabilité par les citoyens. R. Mehdi évoque le « *caractère (...) politiquement inacceptable d'une concentration des pouvoirs aux mains des seules instances communautaires* »¹⁹⁵. Dans une matière aussi sensible et symbolique que la monnaie, les BCN forment un repère sur lesquelles peut s'appuyer le système pour bâtir sa légitimité. Elles constituent un canal indispensable. Leur suppression eut été inacceptable. D'autant qu'elles exercent souvent d'autres fonctions que les fonctions monétaires, rendant ainsi leur disparition impossible.

¹⁸⁷ FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, p. 63.

¹⁸⁸ Voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 140.

¹⁸⁹ Voir supra, Chapitre 2 du Titre 2 de la Première partie.

¹⁹⁰ « *S'il est nécessaire de centraliser la prise de décision, il serait inapproprié de centraliser la mise en œuvre, surtout dans un domaine où les pratiques nationales sont bien ancrées et où les relations de place sont extrêmement importantes* », EMFRUN B., « La Banque de France et le système européen de banques centrales », RFAP, 1999, n° 92, p. 623-634, ici pp. 630.

¹⁹¹ « *Decentralisation corresponds to an efficiency principle. The monetary policy operational framework is conceived so as to enable a wide range of counterparties to take part. In accordance with the rules of prudence and of « know your customer », a direct and exclusive relation with the central bank seems preferable* », de LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 60-461. Voir aussi BERG van de C.A., « Checks and Balances for the European Central Bank and the National Central Banks » in OeNB Workshops, *The European Integration Process: A Changing Environment for National Central Banks*, www.oenb.at, pp. 156-171, ici p. 166.

¹⁹² « *Les BCN (...) jouaient un rôle de premier plan dans la vie politique et économique du pays. Elles bénéficiaient d'une autorité incontestable. Il suffit d'évoquer le prestige de la Bundesbank qui se confondait avec la confiance dans le DM et le rôle majeur de la Banca d'Italia au sein de la première république italienne. D'autres exemples pourraient être cités* », LOUIS J.-V., « L'autorité monétaire de la zone euro », précité, pp. 279-280.

¹⁹³ Mme Le Baut-Ferrarese évoque : « *La crainte des lourdeurs bureaucratiques et centralisatrices* », *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, p. 62.

¹⁹⁴ « *Il n'était pas question de substituer à ces administrations, une "bureaucratie" centrale importante, qui ne correspondait d'ailleurs pas à la préférence marquée, en droit communautaire, pour l'administration indirecte* », LOUIS J.-V., « L'autorité monétaire de la zone euro », précité, p. 280.

¹⁹⁵ MEHDI R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » précité, p. 693. Voir aussi le constat fait en matière d'agriculture par C. Blumann : « *On comprendrait mal, en matière agricole, que des autorités nationales compétentes pour gérer des politiques d'amélioration structurelles, perdent toute compétence lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la réglementation communautaire portant sur des matières analogues* », BLUMANN C., *La fonction législative communautaire*, précité, p. 131.

2) Un échelon indispensable

Les Statuts permettent aux États membres de confier à leur banque centrale d'autres tâches que celles liées à la politique monétaire. Ils précisent que « *Les banques centrales nationales peuvent exercer d'autres fonctions que celles qui sont spécifiées dans les présents statuts* »¹⁹⁶. Le fait que les BCN exerçaient des fonctions diverses ne rentrant pas toutes dans l'Union monétaire justifient leur maintien¹⁹⁷. Les Statuts devaient reconnaître leur existence et ainsi laisser la marge de manœuvre aux États pour les gérer. Ces missions sont variées et peuvent être confiées aux BCN « *par leur gouvernement, leur parlement ou leur communauté financière internationale* »¹⁹⁸. Pour C. Barontini et P. Bonzom, de la Banque de France, ces activités sont « *loin d'être négligeables* »¹⁹⁹. Elles recouvrent, par exemple, « *la surveillance bancaire, les questions liées à la consommation des services financiers, les services d'agent bancaire pour le compte de l'État* »²⁰⁰.

Dans ce domaine, F. Martucci évoque une « *autonomie institutionnelle consacrée* »²⁰¹. L'autonomie des États n'est cependant pas totale. Le conseil des gouverneurs peut à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés décider que « *ces fonctions interfèrent avec les objectifs et les missions du SEBC* », d'après l'article 14 paragraphe 4 des Statuts. On notera la présence, rare hors des matières liées au capital de la BCE, d'une majorité qualifiée confirmant ainsi la large autonomie des États en la matière. Ensuite, les États doivent impérativement consulter la BCE avant toute réforme²⁰². Cette consultation est logique et naturelle. Elle garantit l'indépendance des BCN²⁰³. Il est adopté par le conseil des gouverneurs²⁰⁴ mais n'est pas impératif. En cas de non-respect, il pourrait mettre en œuvre la procédure de censure de l'article 14 paragraphe 4. Dans le domaine du contrôle prudentiel, couvert par ces tâches annexes, l'autonomie des États a été « *orientée* », selon la terminologie de F. Martucci²⁰⁵.

La liberté des États a été progressivement limitée par l'Union, non au nom propre de l'Union monétaire mais au nom de l'efficacité du contrôle prudentiel. Ainsi, a été mise en place la méthode Lamfalussy pour la mise en œuvre normative et administrative du droit de

¹⁹⁶ Art. 14 § 4 des Statuts.

¹⁹⁷ LOUIS J.-V., « Union économique et monétaire », précité, p. 58.

¹⁹⁸ BARONTINI C. & BONZOM P., « Une banque centrale nationale au sein d'un système fédéral », précité, p. 41.

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ F. Martucci rappelle que, pour la Banque de France, ces tâches recouvrent « *la gestion du surendettement ou des chèques impayés* », MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystem – Organisation », précité, § 61.

²⁰¹ MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystem – Organisation », précité, § 61.

²⁰² Art. 127 §4 du TFUE et 4 des Statuts. Sur cette consultation voir *supra*, section précédente.

²⁰³ « *In its numerous Opinions, the ECB has made sure that the independence of the central banks should not be affected by supplementary tasks of NCBs* », de LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 483.

²⁰⁴ Art. 17 §5 du Règlement intérieur de la BCE.

²⁰⁵ MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystem – Organisation », précité, § 62.

l'Union²⁰⁶. La crise financière a imposé à l'Union d'adopter une approche encore plus intégrée, suite au rapport du groupe Larosière²⁰⁷. Dans ce domaine, l'autonomie des États a été réduite mais leur autonomie institutionnelle persiste. Ils ont toujours la liberté de désigner leur banque centrale comme responsable du contrôle prudentiel ou de choisir un modèle « central » ou « sectoriel » selon qu'une autorité est responsable de l'ensemble des secteurs ou qu'elles sont spécialisées selon le domaine²⁰⁸.

En leur permettant d'exercer d'autres tâches que celles relevant du l'union monétaire, comme la BCE d'ailleurs, les Statuts consacrent l'existence propre des BCN au sein des Etats. Elle démontre aussi le respect pour l'identité des États dans lesquels les banques centrales ont de multiples fonctions. Les BCN peuvent alors agir, comme la BCE, en dehors du système. La contrainte systémique reste cependant toujours présente et empêche que ces fonctions annexes ne mettent en péril le fonctionnement de l'Eurosystème. Cette contrainte se ressent surtout sur le statut des BCN qui a été profondément influencé par l'union monétaire.

B. *L'encadrement des BCN*

L'analyse ne se situe pas, ici, au niveau des BCN mais au niveau des Etats. Ce sont eux les destinataires premiers du traité. Or, le TFUE impose aux États le type d'organe à qui devra être confié le soin de mettre en œuvre les normes adoptées au titre de la compétence monétaire exclusive de l'Union. La mise en place d'un système impose la disparition de l'autonomie institutionnelle. L'article 282 du TFUE – reprenant la formule de l'article 107 paragraphe 1 TCE – précise que « *La Banque centrale européenne et les banques centrales nationales constituent le Système européen de banques centrales* ». Aucun doute n'est possible, cette compétence est confiée à l'organe qui, dans chaque État membre, jouait le rôle de banque centrale, même si cette notion n'est définie ni par le traité ni par le droit dérivé²⁰⁹.

²⁰⁶ Cette méthode a été proposée par le rapport du Comité des sages sur la régulation du marché européen des valeurs mobilières, présidé par Alexandre Lamfalussy, et datant du 15 février 2001 (http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_fr.pdf), voir notamment pp. 9-10 et 12 (pour une vision synthétique de leur proposition) et pp. 29-53 pour plus de détails. Elle a ensuite été généralisée par une décision du Conseil européen de décembre 2002 au secteur financier dans son ensemble et a ainsi atteint la surveillance prudentielle, notamment avec deux décisions du 5 novembre 2003 (décision 2004/10/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité bancaire européen, JO L n° 3 du 7.1.2004, pp. 36-37 et décision 2004/5/CE de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires, JO L n° 3 du 7.1.2004, pp. 28-29). Pour une description de la méthode voir PARTSCH P-E, *Droit bancaire et financier européen*, Larcier, Bruxelles, 2009, 1086 p., pp. 945-956.

Pour une analyse de ce processus au sein d'une analyse plus globale sur l'autonomie des États membres et les rapports avec le droit de l'UE voir : van GERVEN W., « Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit : le "droit des conflits d'ordre juridique" dans le prolongement du "droit des conflits de règles" », précité, pp. 60-62.

²⁰⁷ Rapport du « The high level group on financial supervision in the EU », 25 février 2009. Sur cette nouvelle structure voir : MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », précité, § 62 ; MARTUCCI F., LASSERRE CAPDEVILLE J. & KOVAR J.-P., « Le système européen de surveillance financière », *Europe*, Juin 2011, pp. 4-9 et P-E PARTSCH, « Droit bancaire et financier européen », *JDE*, Janvier 2010 n° 165, pp. 13-19 et plus précisément pp. 14-15.

²⁰⁸ Voir MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », précité, § 62, dont la terminologie est reprise ici.

²⁰⁹ Ainsi la décision du Conseil du 8 mai 1964 qui crée le Comité des gouverneurs se contente d'évoquer les banques centrales nationales sans plus de précisions (voir décision du Conseil, du 8 mai 1964, concernant la

Les spécificités du système mis en place et de la matière monétaire exigeaient cette absence d'autonomie institutionnelle (1). Au-delà, l'Union conditionne l'entrée dans le système à une réforme du statut des BCN (2).

1) Une disparition nécessaire à la mise en place d'un système

L'autonomie institutionnelle a été la plus épargnée par l'action normative de l'Union. Cependant, la tendance s'inverse aujourd'hui et l'Union est de plus en plus intrusive dans l'autonomie institutionnelle des États. G. Scelle a montré qu'un ordre juridique est tributaire de trois fonctions sociales fondamentales, dont l'exécution²¹⁰. L'administration indirecte conduit à confier cette fonction sociale d'exécution aux États membres, faisant de l'ordre juridique de l'Union, un ordre juridique incomplet. Ainsi L. Azoulai évoque, à propos de « *la production normative de la Communauté* » son « *incomplétude comme marque de son mode d'existence* »²¹¹. Il rappelle que l'Union est une « *machine à édicter des normes générales, centralisées et uniformisantes* » mais est dépourvue « *d'un appareil de gouvernement capable de rendre à la fois intelligible et effectives les normes produites* »²¹². Cette tâche est confiée aux États membres²¹³. M. Blanquet constate qu'il existe, dans leur chef, une « *obligation de désigner et éventuellement de créer la structure adéquate pour l'exécution* »²¹⁴.

Cependant, une telle méthode montre ses limites dans la phase de mise en œuvre où, trop dispersée et trop variable, elle en devient ineffective. On assiste alors à « *une profonde transformation de la nature du droit de l'intégration* » qui « *tend à instituer des systèmes d'action dont le but est d'assurer l'obéissance des sujets du droit de la Communauté et de l'Union* »²¹⁵. L'Eurosystème est l'un de ces systèmes. Sa structure impose de détacher le système de l'État membre et d'en faire un "appareil gouvernemental" responsable de la compétence monétaire de l'Union, depuis l'élaboration jusqu'à l'exécution du droit produit par le système. La construction du système repose sur la volonté d'évincer l'État et d'introduire une relation directe entre l'institution de l'UE et l'institution nationale. Elle impose alors que le choix de ces dernières soit fait directement au niveau européen, afin d'empêcher toute intervention étatique à ce stade.

Cette nécessité d'avoir un système unique responsable de la gestion monétaire est aussi imposée par la nature du médium monétaire et du marché sur lequel il circule. Sa gestion sur

2

collaboration entre les banques centrales des États membres de la Communauté économique européenne, JO n° 77 du 21.5.1964, pp. 1206–1207).

²¹⁰ SCELLE G., « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI*, 1936, p. 87-202 notamment pp. 91-106. Voir, pour une application des théories de G. Scelle à l'Union européenne, LÉ BAUT-FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, p. 77 et suivantes.

²¹¹ AZOULAI L., « Autonomie et antinomie du droit communautaire : La norme communautaire à l'épreuve des intérêts et droits nationaux », *LPA*, 5 octobre 2004, n°199, pp. 4-16 ici pp. 4-5 et pp. 10-16.

²¹² AZOULAI L., « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », précité, p. 2.

²¹³ « *Alors qu'elle crée des obligations étendues à la charge des États membres et de leurs ressortissants, la Communauté n'a pas les moyens juridiques et matériels de sanctionner l'inexécution de ces obligations. De fait, elle s'en remet à cet égard aux États membres qui disposent des moyens exclusifs de la contrainte légitime* », *idem*, p. 3.

²¹⁴ BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E.*, p. 50.

²¹⁵ *Idem*, p. 4.

un territoire aussi vaste que la zone euro exige une unité de la politique qui y est appliquée²¹⁶. Partant de là, le système se devait d'être construit de manière à assurer l'unité de la politique monétaire. Il fallait alors strictement encadrer l'autonomie des États dans leur désignation des « *agents de l'Eurosystème* ». Leur autonomie institutionnelle sera alors « *déniée* »²¹⁷. Au delà, les États doivent adapter ces organes aux exigences de l'Union.

2) Une disparition encadrée pour l'intégration dans le système

L'attribution des missions monétaires par les États aux BCN est conditionnée. Les traités imposent une obligation de « *convergence juridique* »²¹⁸ des Statuts des BCN, qui vise à garantir l'indépendance des BCN. La convergence est la condition d'intégration au système. Elle est la déclinaison de la contrainte systémique. L'organisation du système repose sur un point cardinal : la capacité de ses membres à agir en toute indépendance. C'est alors la condition à remplir pour en faire partie. Il importe de dégager ce que recouvre cette obligation de convergence avant de voir comment elle peut être sanctionnée.

F. Martucci évoque un « *bloc de compatibilité* » auquel le droit national doit se conformer²¹⁹. Dès 1992, J.-V. Louis soulignait que « *les dispositions législatives nationales, en ce compris les règles organiques des banques centrales nationales, doivent être rendues conformes au Traité et au Statut* »²²⁰. Le contenu concret de ces obligations dérive des dispositions des traités et des Statuts. Il n'a été définitivement connu que lors de la publication par l'IME de son premier rapport sur la convergence en 1994²²¹. La BCE a hérité de l'IME l'obligation de rédiger des rapports sur la convergence des États n'ayant pas adopté l'Euro²²². Au fil des années et des rapports, les critères du « *bloc de compatibilité* » se sont affinés. Ceux utilisés par la BCE dans son dernier rapport seront utilisés ici. L'IME comme la BCE précisent d'emblée qu'il n'est pas question d'harmoniser les dispositions des Statuts des BCN mais

²¹⁶ « *an efficient monetary policy is only possible if it is determined by a centralised organisation which guarantees a uniform definition and implementation of this policy throughout the currency area for which a central bank is responsible* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The European Central Bank, its system and its law (first part) », précité, p. 192.

²¹⁷ MARTUCCI F., « *Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation* », précité, § 60. Il précise que « *L'État membre ayant adopté l'euro doit charger sa banque centrale de l'exécution des missions fondamentales de l'Eurosystème. Celles-ci ne peuvent être confiées à d'autres organes que les BCN* ».

²¹⁸ Le terme est utilisé par la BCE dans ses rapports sur la convergence et elle évoque la « *convergence juridique* » pour désigner les exigences de « *Compatibilité de la législation nationale avec les traités* » (BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2010, 57p., ici p. 16). Le terme semble avoir fait son apparition dans le rapport de l'IME sur la convergence de 1998 (IME, *Rapport sur la convergence – Mars 1998*, IME, Francfort-sur-le-Main, 1998, 396p., p. 13). Le Pr. Louis et le Pr. Martucci reprennent le terme (voir, LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 58-61 ; MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 219).

²¹⁹ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 220.

²²⁰ LOUIS J.-V., « *L'Union économique et monétaire* », précité, p. 293. Sur ce thème, voir aussi CHEMIN R., *L'Union économique et monétaire*, précité, p. 168-182.

²²¹ IME, *Progress Towards Convergence*, IME, Frankfurt am Main, 1995. Dans son ouvrage, *L'Union européenne et sa monnaie*, J.-V. Louis précise que l'IME a détaillé ses exigences dans un rapport de 1997 intitulé : *Legal convergence in the Member States of the European Union*. Ce rapport n'étant pas disponible en ligne, ne seront utilisés ici que les rapports généraux sur la convergence.

²²² Art. 140 §1 du TFUE.

simplement de les rendre compatibles avec le traité et l'objectif de stabilité des prix²²³. Cette harmonisation couvre aujourd'hui cinq domaines²²⁴.

Le premier, et le plus conséquent, impose l'indépendance des Banques centrales. La BCE pose quatre critères de l'indépendance d'une BCN : « *l'indépendance fonctionnelle, institutionnelle, personnelle et financière* »²²⁵. La première exige que les statuts permettent à chaque banque centrale de poursuivre les objectifs de l'Eurosystème²²⁶. Les trois autres indépendances sont subdivisées par la BCE en des exigences et interdictions précises. L'indépendance institutionnelle appelle l'absence de tout moyen de pression ou d'influence juridique de tiers sur la BCN²²⁷. L'indépendance personnelle requiert que les gouverneurs des BCN disposent d'un statut les protégeant de toute influence de tiers. Les Statuts sont clairs sur deux points : le mandat du gouverneur d'une BCN ne doit pas être inférieur à 5 ans²²⁸ et ce dernier ne pourra être relevé de ses fonctions que s'il ne remplit plus les conditions pour les conduire ou pour faute grave²²⁹. Il devra alors disposer d'un droit de recours devant la Cour de justice²³⁰. Il est remarquable que le renvoi d'un membre d'un organe national, par son propre gouvernement, soit de la compétence de la juridiction de l'Union. Cela démontre l'ambiguïté du statut des gouverneurs : dirigeants une banque centrale nationale mais membres des organes de décision d'une institution de l'Union. La BCE rajoute qu'ils doivent aussi bénéficier d'un recours de droit interne²³¹. Elle impose aux États membres de les protéger contre les conflits d'intérêt²³². Elle précise que ces règles s'appliquent « *aux autres membres des organes de décision des BCN participant à l'accomplissement des missions liées au SEBC* »²³³. L'indépendance financière charge les États de s'assurer que leur Banque centrale est « *en mesure de se doter de façon autonome des ressources financières nécessaires*

²²³ « Le terme "compatible" implique plutôt que les législations nationales et les statuts des BCN doivent être adaptés afin d'éliminer les incompatibilités avec les Traités et les Statuts et d'assurer le degré nécessaire d'intégration des BCN au SEBC », BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, précité, p. 18 (voir aussi IME, *Progress Towards Convergence*, précité, p. 89).

Par conséquent, l'affirmation de C. Zioli et M. Selmayr selon laquelle : « *the statutes of the national central banks the contents of which, though formally having the character of national legislation, is in essential parts determined by community law* » est un peu exagérée (ZILILI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2d Ed., précité, p. 78).

²²⁴ Dans le premier rapport de l'IME, celui-ci n'en évoquait que l'indépendance (décomposée en institutionnelle, personnelle et fonctionnelle), IME, *Progress Towards Convergence*, pp. 91-93.

²²⁵ BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, précité, p. 19.

²²⁶ « *L'indépendance fonctionnelle requiert que l'objectif principal de chaque BCN soit défini de façon claire et dans un souci de sécurité juridique, et qu'il soit pleinement conforme à l'objectif principal de stabilité des prix établi par le Traité* », *ibidem*.

²²⁷ La BCE pose pour ce faire cinq interdictions : « *interdiction de donner des instructions* », « *interdiction d'approuver, de suspendre, d'annuler ou de différer des décisions* », « *Interdiction de censurer des décisions pour des raisons juridiques* » mais uniquement « *par des organes autres que des tribunaux indépendants* », « *interdiction de participer aux organes de décision d'une BCN en disposant d'un droit de vote* », « *Interdiction de consulter préalablement sur une décision d'une BCN* » (*idem*, pp. 20-21). Enfin lorsque les membres des BCN exercent des missions où un tiers doit donner son avis, les modalités doivent empêcher toute pression de ce dernier.

²²⁸ Art. 14 §2 alinéa 1 des Statuts. Voir aussi BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, *ibidem*.

²²⁹ Art. 14 §2 alinéa 2 des Statuts. Voir aussi BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, *ibidem*.

²³⁰ Art. 14 §2 alinéa 1 des Statuts. Voir aussi BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, *idem*, p. 22.

²³¹ BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, *ibidem*.

²³² *Ibidem*.

²³³ *Idem*, p. 21.

à la bonne exécution de son mandat »²³⁴. Elle doit être libre d'adopter son budget²³⁵. Ces critères s'appliquent aussi, voire surtout, aux missions que l'État confie aux BCN en dehors de leurs attributions monétaires. Ces dernières ne doivent ni avoir d'incidence sur l'indépendance des BCN, ni permettre aux États d'influencer les BCN.

Ce "bloc de compatibilité" est enrichi par d'autres obligations et interdictions, issues notamment du traité. Les États doivent garantir le respect du secret professionnel auquel sont tenus les membres des organes de décision du SEBC issus des BCN²³⁶. La BCE rappelle aussi l'interdiction du financement monétaire posée par l'article 123 paragraphe 1 du Traité²³⁷, qui participe autant de la stabilité des prix que de l'indépendance. La dernière exigence de la BCE est plus vague, elle impose aux États membres d'assurer « l'intégration juridique des BCN à l'Eurosystème »²³⁸. Elle est beaucoup plus large et ne touche pas que le statut des BCN mais toute la législation des États membres qui doit les mettre en mesure d'exécuter les missions qui découlent leur statut de membres²³⁹. Ainsi, pour la BCE, « toute disposition législative nationale doit reconnaître que la politique monétaire de l'Union constitue une mission relevant de l'Eurosystème »²⁴⁰. Le droit national doit permettre au système de fonctionner de manière autonome. La BCE impose une dernière obligation, mais qui n'a pas trait directement aux BCN, celle de l'« orthographe unique de l'Euro »²⁴¹.

Ces différents interdictions et obligations sont sanctionnées par trois mécanismes. Le premier agit *a priori*. Tout État dont la législation n'est pas conforme au "bloc de compatibilité" ne sera pas admis à entrer dans la zone euro par le Conseil, conformément à l'article 140 paragraphe 2. Cependant le traité impose l'indépendance de toutes les banques centrales de l'Union à son article 130. L'article 131 vient renforcer cette obligation en imposant aux États membres la compatibilité du Statut des Banques centrales avec le traité²⁴². Cette obligation ne devient véritablement contraignante qu'au moment d'entrer dans la zone euro²⁴³. La BCE le précise clairement : « Toutefois, les obligations statutaires relatives à la pleine intégration juridique d'une BCN à l'Eurosystème ne doivent véritablement entrer en vigueur qu'au moment où cette pleine intégration devient effective, c'est-à-dire à la date à laquelle l'État

²³⁴ *Idem*, p. 22.

²³⁵ *Idem*, p. 23.

²³⁶ La BCE parle de « confidentialité », *idem*, p. 25.

²³⁷ Il s'agit, d'après cet article, de l'interdiction « d'accorder des découverts ou tout autre type de crédit (...) aux administrations centrales, aux autorités régionales ou locales, aux autres autorités publiques, aux autres organismes ou entreprises publics des États membres » et d'acheter directement « des instruments de leur dette ». Pour plus de détails voir *idem*, pp. 26-28.

²³⁸ *Idem*, p. 28.

²³⁹ « Il s'agit notamment de dispositions susceptibles d'empêcher la BCN de participer à la mise en œuvre de la politique monétaire unique telle que définie par les organes de décision de la BCE, ou de ne pas permettre à un gouverneur de remplir ses obligations en tant que membre du Conseil des gouverneurs de la BCE, ou encore de dispositions qui contreviennent aux prérogatives de la BCE », *idem*, p. 29.

²⁴⁰ *Ibidem*.

²⁴¹ *Idem*, p. 28.

²⁴² « Chaque État membre veille à la compatibilité de sa législation nationale, y compris les statuts de sa banque centrale nationale, avec les traités et les statuts du SEBC et de la BCE ».

²⁴³ Ce raisonnement est suivi par F. Martucci (MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, p. 223).

membre faisant l'objet d'une dérogation adopte l'euro »²⁴⁴. Pour la BCE, cette obligation n'a pas réellement de lien avec le principe de primauté²⁴⁵. Pour F. Martucci, il faut – au contraire – estimer que l'article 140 est une *lex specialis* et que la primauté est une *lex generalis*²⁴⁶. Toute règle contraire aux exigences du traité devra être laissée inappliquée conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, et notamment l'arrêt Simmenthal²⁴⁷. Enfin, la Commission en tant que gardienne des traités peut tenter un recours en manquement contre tout État qui violerait ses obligations quant au Statut de sa Banque centrale.

Une telle possibilité se profile d'ailleurs. En 2011, le gouvernement hongrois a décidé de réviser sa Constitution, de modifier le statut de sa Banque centrale notamment en la fusionnant avec l'autorité de supervision financière. La BCE a été consultée, à deux reprises, conformément à l'article 127 paragraphe 4 du TFUE et a exprimé ses réserves sur ces propositions²⁴⁸. Dans les deux cas, elle a rappelé, dans un langage feutré mais ferme, qu'elle devait être consultée en temps utile et que l'urgence ne pouvait justifier une absence de consultation²⁴⁹. Elle émet de nombreuses critiques quant à l'indépendance de la Banque centrale, notamment le mode de nomination de son président, les modalités de rémunération de ses membres, l'indépendance fonctionnelle, les membres de l'organe de direction de la Banque, etc. Elle précise aussi que « *des changements fréquents des statuts de la MNB sont incompatibles avec le principe de sécurité juridique* »²⁵⁰. La BCE n'a cependant aucun moyen de pression sur la Hongrie, qui n'est pas membre de la zone Euro.

²⁴⁴ BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, précité, p. 29. La même citation était présente dans le rapport sur la convergence de 2006 et est citée par F. Martucci (*ibidem*).

²⁴⁵ « *Cependant, toute législation nationale incompatible avec le droit dérivé de l'Union européenne doit être mise en conformité avec ce dernier. La primauté du droit de l'Union est sans incidence sur la nécessité d'adapter la législation nationale. Cette obligation d'ordre général ne découle pas seulement de l'article 131 du Traité, mais aussi de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne* », *idem*, p. 18.

²⁴⁶ « *La participation de l'État membre à la troisième phase acquise, l'article 109 CE {devenu 131 TFUE} n'épuise pas ses effets. La lex specialis de l'article 122, paragraphe 2, CE {devenu article 140 TFUE} par lequel la BCE et la Commission doivent examiner régulièrement la convergence économique et juridique des États qui ne participent pas à la troisième phase de l'UEM, devenue inapplicable, lui succède la lex generalis du principe de primauté. La sanction de la primauté n'est ici ni l'inapplicabilité, ni l'abrogation. Elle est constituée par l'inexistence du droit national incompatible. Selon l'article 109 CE, l'État conserve la compétence normative de principe en matière monétaire. Lorsque des mesures nationales relèvent du champ de l'Eurosystème, il n'agit pas en qualité d'autorité nationale mais d'organe communautaire. La compétence monétaire étant en partie exclusive, toute mesure nationale qui empiète sur le domaine réservé de la Communauté, est entachée d'une incompétence externe, dont la sanction est l'inexistence* », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, p. 223.

²⁴⁷ CJCE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'État c. Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 1978 p. 00629, § 21.

²⁴⁸ Opinion de la BCE du 14 décembre 2001 à propos de la Magyar Nemzeti Bank (CON/2011/104) et Opinion de la BCE du 22 décembre 2001 à propos de la Magyar Nemzeti Bank (CON/2011/106).

²⁴⁹ « *The ECB reiterates its position that even cases of particular urgency do not relieve national authorities from their duty to consult the ECB and to allow sufficient time to take into account its views in accordance with Decision 98/415/EC. Any substantive amendments to a draft law have to be submitted to the ECB to allow it to adopt an opinion on the most recent legislative text and the process of adoption of the draft law should be suspended. The ECB's observations on provisions on which it was consulted do not eliminate a breach of the consultation obligation with regard to subsequent substantial amendments. The ECB would appreciate the Ministry for the National Economy giving due consideration to honouring its obligation to consult the ECB in the future* », Opinion de la BCE du 22 décembre 2001 à propos de la Magyar Nemzeti Bank, précité.

²⁵⁰ « *frequent changes to the MNB Law are incompatible with the principle of legal certainty* », Opinion de la BCE du 14 décembre 2001 à propos de la Magyar Nemzeti Bank.

La Commission dispose, en revanche, du recours en manquement. Elle a décidé, le 17 janvier 2012 d'ouvrir une procédure d'infraction accélérée – il s'agit d'une procédure précontentieuse rapide du recours en manquement de l'article 258 TFUE – contre la Hongrie, notamment pour violation des règles relatives à l'indépendance de la Banque centrale²⁵¹. La règle posée selon laquelle ces obligations ne s'appliqueraient pas avant l'entrée dans la zone euro semble remise en cause. La Commission est certainement poussée à l'intransigeance par l'accumulation des violations qu'elle reproche à la Hongrie. La procédure vise aussi des atteintes à l'indépendance du système judiciaire et de l'autorité de contrôle et de protection des données²⁵². La disparition quasiment totale de l'autonomie institutionnelle des États sera peut être confirmée dans les mois qui viennent par un arrêt de la Cour de justice.

L'organisation d'un système de banques centrales était indispensable car les BCN ne pouvaient être ni ignorées, ni supprimées. Mais une telle construction impose une adaptation des membres à la finalité et à l'identité du système, obligeant les États à garantir à leurs banques centrales la capacité de sauvegarder la stabilité des prix. Une fois admises au sein de l'Eurosystème, elles peuvent alors participer à son fonctionnement en assurant la fonction d'exécution.

§.2 - Les BCN titulaires de la fonction exécution

Les BCN ont été préservées au sein du système en raison de leurs liens privilégiés avec les ordres juridiques et les marchés nationaux. Cette préservation des BCN n'est pas allée sans contraintes. Au contraire : elles ont été intégrées au sein d'un système. Elles forment avec la BCE un système complet. La BCE détient la fonction normative. Pour certains, le système est dense au point de ne plus permettre de distinguer qui sera titulaire de la fonction d'exécution (A). Une telle lecture fonctionnelle est pertinente mais ne cache pas le penchant des Statuts pour l'octroi de cette fonction aux BCN (B).

A. *L'Eurosystème, titulaire de la fonction d'exécution ?*

L'étude de l'organisation du système impose de comprendre le rôle joué par chacune de ses composantes mais sans jamais perdre de vue l'interrelation qui les lie entre elles. Celui des BCN est d'exécuter les normes adoptées au niveau de l'Union. Or, « *L'exécution est le grand*

²⁵¹ Communiqué de Presse de la Commission européenne du 17 janvier 2012 (IP/12/24) : « *La nouvelle loi en question permet au ministre de siéger en personne aux réunions du conseil monétaire de la banque, offrant ainsi au gouvernement la possibilité d'influencer la MNB de l'intérieur. De même, la MNB doit envoyer à l'avance au gouvernement l'ordre du jour de ses réunions, ce qui compromet la confidentialité de ses débats (...). Enfin, le gouverneur et les membres du conseil monétaire doivent prêter un serment (de fidélité au pays et à ses intérêts) dont le texte pose problème du fait que le gouverneur de la MNB siège aussi au Conseil général de la BCE.*

La Commission a des doutes quant aux règles de récusation du gouverneur et des membres du conseil monétaire, dans la mesure où elles ouvrent la voie aux interventions politiques (même le Parlement peut proposer de récuser un membre du conseil monétaire) et à d'éventuels abus. Elle éprouve aussi des doutes face aux nombreuses modifications apportées au cadre institutionnel de la MNB, comme l'augmentation du nombre de membres de son conseil monétaire ou la possibilité d'augmenter le nombre de ses vice-gouverneurs sans tenir réellement compte des besoins de la banque ».

²⁵² Ibidem.

impensé du droit de la Communauté et de l'Union »²⁵³. Cependant, depuis quelques années, émerge une doctrine propre à l'exécution du droit de l'Union, sous la bannière du droit administratif européen. Le terrain avait déjà été balayé au travers de l'étude du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. Le concept de droit administratif européen est pluriel et se prête mal à une appréhension globale. Il recouvre tantôt le droit des administrations de l'Union, tantôt les droits administratifs nationaux sous l'influence du droit de l'Union, tantôt les liens entre administrations nationales et européenne. Ce dernier aspect est le plus intéressant ici. Il pense l'exécution, notamment administrative, du droit de l'Union comme une globalité imputable à une administration transnationale (1). Suivant la logique de cette approche, il est possible de voir alors en l'Eurosystème le détenteur de la fonction exécutive (2).

1) La vision globalisante de la doctrine du droit administratif européen

L'approche récente en terme de droit administratif européen n'est pas entièrement nouvelle. Dès les années quatre vingt et quatre vingt-dix, le juge Kakouris avait pensé l'exécution du droit de la Communauté comme un phénomène uniquement communautaire. Sa pensée doit être rappelée ici, avant d'aborder deux approches doctrinales centrées sur la co-administration et sur l'intégration des administrations.

L'approche développée par N. Kakouris est, de son propre aveu, « *peu conformiste* »²⁵⁴. Le point de départ de sa réflexion est l'ordre juridique. Lorsqu'un ordre juridique confie un pouvoir à un organe, il sera alors un organe de cet ordre²⁵⁵. Sa conclusion est sans appel : « *L'ordre juridique communautaire désigne certains des organes des États membres comme ses propres organes* »²⁵⁶. Ainsi, lorsque l'État va adopter des normes pour appliquer le droit de l'Union, celles-ci constituent « *"fonctionnellement" un droit communautaire complémentaire* »²⁵⁷ et les organes nationaux qui vont le mettre en œuvre deviendraient des organes de l'Union²⁵⁸.

Les doctrines récentes du droit administratif européen parviennent à une conclusion voisine moins iconoclaste. Ainsi, se développe sous la plume de H. Hofmann et A. Türk la doctrine

²⁵³ AZOULAI L. « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », précité 1.

²⁵⁴ KAKOURIS N., « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) », précité.

²⁵⁵ « *chaque ordre juridique ne peut avoir que ses propres organes. Toute personne à qui a été conféré le pouvoir (et l'obligation) d'appliquer une norme devient, de ce fait, un organe de cet ordre. En conséquence, les organes des États membres, qui sont appelés à appliquer une disposition de l'ordre juridique fédéral, acquièrent de ce fait également la qualité d'organe de cet ordre. Ils agissent donc, successivement tantôt comme organe de l'État membre, tantôt comme organe fédéraux. Il s'agit du phénomène qui a été qualifié de «dédoublement fonctionnel»* », *idem*, p. 328.

²⁵⁶ *Idem*, p. 330.

²⁵⁷ *Idem*, p. 335.

²⁵⁸ « *Comme nous l'avons dit plus haut, l'organe est la personne ou le groupe de personnes auxquels les dispositions d'un ordre juridique confèrent compétence (...). Celui qui reçoit cette compétence devient organe de l'ordre juridique qui lui a conféré. Donc lorsque l'ordre juridique communautaire, par une de ses dispositions confère compétence à un État membre ou à un organe d'État membre, collégial ou non – ou à un tribunal – il le constitue comme son organe. Même lorsqu'il ne désigne par concrètement les organes de l'État membre, mais laisse à l'État cette désignation concrète* », *idem*, p. 341.

Pour une application de cette doctrine aux organes juridictionnels, voir KAKOURIS C.N., « Do the Member States possess judicial procedural "autonomy"? », *CMLR*, 1997 n° 34, pp. 1389-1412.

de « *l'administration intégrée* »²⁵⁹. Ils estiment que le modèle basé sur l'administration directe par opposition à l'administration indirecte est, concrètement, dépassé et qu'aujourd'hui les administrations sont intégrées entre elles par le biais de procédures faisant intervenir aussi bien le niveau national que le niveau de l'Union²⁶⁰. Au-delà de la comitologie, des exemples d'administrations intégrées se retrouvent, notamment, dans les réseaux d'autorités souvent accompagnés d'une agence européenne²⁶¹. Dans de tels réseaux, la mise en œuvre du droit de l'Union n'est pas le fruit d'un échelon en particulier mais du travail commun des deux²⁶². Une telle démarche est intéressante du fait de son approche fonctionnelle permettant de comprendre comment concrètement l'exécution se fait. Ils reconnaissent cependant que, par sa diversité, elle ne se prête pas aisément à une approche formelle²⁶³.

Le concept de « *co-administration* »²⁶⁴, développé notamment par la doctrine italienne, est sous cet angle plus satisfaisant. Il démontre aussi l'imbrication des échelons nationaux et européens tout en identifiant les rôles respectifs de chacun. Il constitue une variante du modèle d'administration indirecte où les administrations nationales restent majoritairement en contact direct avec le citoyen alors qu'un organe de l'UE est responsable de la prise de décision si bien qu'il est délicat de définir à quel échelon se fait l'exécution. Un tel modèle, selon le C. Franchini, repose sur deux conditions : l'existence de « *sujets distincts qui travaillent en relation étroite (...) fondée sur des rapports nécessaires* »²⁶⁵. Ainsi, « *La fonction reste unique, mais sa réalisation exige la multiplication de l'élément personnel et de l'élément organique et, en liaison étroite, des compétences : une responsabilité et un exercice*

²⁵⁹ « *Integrated Administration* ». Voir pour une approche synthétique : HOFMANN H.C.H. & TÜRK A., « The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences », *ELJ*, 2007 Vol. 13 n°2, pp. 253-271.

Voir aussi HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, 397p. et notamment leurs contributions : « Introduction: towards a legal framework for Europe's integrated administration » (pp. 1-6) et « Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration » (pp. 355-379)

²⁶⁰ « *In reality, examples of pure forms of either direct or indirect administration are rare, if they exist at all. Instead, in many policy areas, the development of the integration of EU and national administrative proceedings has led to 'composite proceedings' to which both national and EU administrations contribute.* », HOFMANN H.C.H. & TÜRK A., « The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences », précité, pp. 255-256.

²⁶¹ *Idem*, pp. 258-261.

²⁶² « *Such network structures that regulate vertical as well as horizontal relations between actors at national and EU levels have as their task the effective enforcement of Community rules by integrating national regulators into a Community framework* », *idem*, p. 259.

²⁶³ « *Europe's system of integrated administration has characteristics, which make it difficult to establish common rules and principles. EU administrative structures and administrative law is evolutionary in nature. It is fluid in so far as it is permanently developing in the single policy areas. In addition, there is very little coordination between the policy areas.* », *idem*, p. 261-262.

²⁶⁴ « *Ainsi se concrétise le modèle de coadministration, dans lequel la compétence incombe à la fois à l'administration européenne et à l'administration nationale : un sujet national a l'obligation formelle d'exécuter une certaine action qui s'avère nécessaire et indispensable pour l'exercice de la fonction communautaire* », FRANCHINI C., « *La notions d'administration indirecte et de coadministration* », précité, p. 252. Sur ce thème, voir aussi, BOUCOBZA I., « *La coadministration dans la production des normes juridiques communautaires* », *Droit Administratif*, 2004, n° 12, pp.7-13.

²⁶⁵ *Idem*, p. 254.

de la fonction font place à une responsabilité plurale et à un exercice plural de la fonction »²⁶⁶.

Dans la même veine, le Professeur M. Chiti estime qu'émerge un « modèle d'administration conjointe »²⁶⁷ dans lequel « les administrations nationales, bien que demeurant inscrites dans leurs propres systèmes d'organisation, opèrent comme "administration commune" du système européen »²⁶⁸. On retrouve ici des conclusions proches de celles du N. Kakouris. Cet exercice en commun peut aller jusqu'à ce qu'il nomme un « droit administratif de l'intégration »²⁶⁹. Ces approches sont particulièrement séduisantes dans le cas de l'Eurosystème car elles permettent de penser sa fonction exécutive dans sa globalité, cependant les limites de ces analyses, notamment formelles, empêchent une description adéquate de la répartition de la fonction au sein du système.

2) L'Eurosystème, détenteur de la fonction d'exécution ?

L'approche, retenue dans ce travail, d'une analyse de l'Eurosystème en tant qu'entité globale trouve là son pendant en droit de l'exécution mais rencontre aussi ses limites. Il se doit d'être compris comme un système composite. Deux des théories sus-évoquées peuvent s'appliquer. Suivant l'approche de N. Kakouris, il est possible d'en déduire que les BCN sont des organes de l'Union, lorsqu'elles exécutent le droit adopté par le système. Cette dernière remarque montre la limite de cette approche, trop englobante. Elle est inapte à nous renseigner sur la répartition effective de la fonction d'exécution entre la BCE et les BCN. Elle est cependant indispensable pour comprendre l'Eurosystème comme un système de droit de l'Union dans toutes ses composantes.

L'application du modèle de co-administration de C. Franchini conduit à la même conclusion. Il est possible de concevoir les BCN comme des agents d'exécution de l'Eurosystème. Ainsi, l'Eurosystème répond au schéma de co-administration. Les BCN ont beau n'être que des agents d'exécution²⁷⁰, elles appartiennent toujours aux États membres²⁷¹. La mise en œuvre répond ainsi à deux échelons différents, extrêmement entremêlés. Les BCN, comme l'ensemble des administrations nationales intervenant dans le champ d'action de l'Union, peuvent être caractérisées par un dédoublement fonctionnel²⁷². Au delà, les BCN apparaissent

²⁶⁶ *Idem*, p. 255.

²⁶⁷ CHITI M.P., « Introduction : les droits administratifs nationaux entre harmonisation et pluralisme eurocompatible » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 669-684, ici p. 675.

²⁶⁸ *Idem*, p. 672-673.

²⁶⁹ *Idem*, p. 673.

²⁷⁰ FRANCHINI C., « La notion d'administration indirecte et de coadministration », précité, p. 257. « ces organismes ont une nature mixte, communautaire et nationale, puisqu'ils n'appartiennent pas exclusivement ni à un système, ni à l'autre. En effet, l'élément fonctionnel devient plus important que la référence objective, et il apparaît alors comme le signe évident de la crise d'une conception de l'administration publique selon laquelle une autorité administrative doit être définie en fonction du sujet auquel elle se rapporte » (*ibidem*).

²⁷¹ « the NCBs, in spite of their integration in the Community framework as part of the ESCB, still form part of the organisational structure of the Member States », DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor?*, précité, p 10.

²⁷² ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2d Ed., p. 79 ; MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation »,

comme des « *organismes d'intervention* », comme les appelle le Professeur Franchini, qui « *exercent principalement les pouvoirs établis au cas par cas par les sources communautaire* » mais qui « *font partie intégrante du système de l'État membre, car leur organisation est réglementée par des dispositions internes* »²⁷³. Ce schéma impose alors d'identifier ces dispositions internes, ainsi que la marge de manœuvre des BCN.

E. Chiti s'est livré un exercice similaire. Pour lui, le SEBC²⁷⁴ fait partie des « *mécanisme du haut vers le bas d'intégration administrative* »²⁷⁵. Il en identifie cinq types dont l'Eurosystème n'est que le premier. Ses caractéristiques sont l'établissement d'un « *système commun européen* » composé d'organes indépendants, y compris de la Commission, tournés vers un but commun²⁷⁶. L'Eurosystème en serait caractéristique. Pour E. Chiti, « *les organes nationaux et européens compétents sont interconnectés par des instruments organisationnels et procéduraux, qui produisent l'effet de leur intégration dans une administration fonctionnellement et structurellement unique* »²⁷⁷. Se créent alors des « *réseaux de pouvoirs indépendants, enclins à s'interconnecter dans un sous système sectoriel autoréférentiel* »²⁷⁸.

Ce modèle permet de capter l'essence du fonctionnement du système dans la symbiose qu'il permet entre niveau national et niveau européen. Il ne permet pas de saisir les détails gouvernant l'exécution du droit de l'Eurosystème. Le Professeur Ziller réfute les modèles ici présentés. Sans aller jusque là, ses critiques sont éclairantes. Evidemment, comme tout modèle, ils assombrissent certaines parties de la réalité ; ce sont ces dernières que J. Ziller met en avant. Comme il le dit, « *À l'encontre des théories qui voient dans la justification de l'existence d'une troisième catégorie – la co-administration – dans les procédures d'exécution partagée impliquant une succession de phases, nationale(s) et européenne(s), l'on soulignera le cloisonnement entre chacun de ces segments en ce qui concerne le contrôle de légalité* »²⁷⁹. Ainsi, d'un point de vue fonctionnel, il y a une confusion, mais d'un point

2

précité, § 59 ; LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », précité, p. 56.

²⁷³ « *All monetary policy operations are implemented in a decentralized way, but the margins for NCB discretion are practically nil. NCBs mainly act as mailboxes for the ECB* », BINI SMAGHI L. & GROS D., *Open Issues in European Central Banking*, précité, p. 17.

²⁷⁴ L'auteur évoque le SEBC mais parle de la stabilité des prix, il faut entendre alors l'Eurosystème.

²⁷⁵ « *Top Down Mechanisms of Administrative Integration* » (la traduction française n'est pas aisée), CHITI E., « *The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications* », précité, p. 17.

²⁷⁶ « *it seems possible to identify five main types of top-down mechanism of administrative integration. The first one is characterized by the establishment of **European common systems** composed of national and European independent authorities. In this case, EU regulation distributes the administrative tasks that are necessary to carry out the relevant European function among a variety of national and European offices provided with a specific status of independence vis-à-vis the economic power and the European and the national political power* », *idem*, p. 17, sur ce type pp. 17-19 (nous soulignons).

²⁷⁷ « *the competent national and European offices are interconnected through a number of organizational and procedural instruments, which produce the effect of their integration in a functionally and structurally unitary administration* », *idem*, p. 18.

²⁷⁸ « *The European common systems exemplified by the European System of Central Banks are peculiar insofar as they represent networks of independent powers, inclined to interconnect in a self-referential sub-system by sector* », *idem*, p. 19.

²⁷⁹ ZILLER J., « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruyant, Bruxelles, 2009, pp. 111-138, ici p. 131.

vue strictement formaliste, il y a une séparation. A l'inverse de certaines approches trop réductrices, les modèles sus-présentés sont trop englobants. Ils permettent de comprendre la logique globale au fruit d'une destruction de la complexité qui fait le système où toutes ses parties se confondent. Or, les BCN ont bien une fonction spécifique : celle d'exécution.

B. *La dévolution de la fonction d'exécution aux BCN*

La lecture des traités ne peut donner de réelles solutions quant au titulaire de la fonction d'exécution des actes adoptés par le système. E. de Lhoneux estime que « *Les Statuts du SEBC sont plutôt vagues sur la division concrète des tâches au sein du système* »²⁸⁰. Il se base sur l'article 12 paragraphe 1 des Statuts qui propose une délégation aux BCN de la fonction exécutive (1). Une telle solution s'inscrit parfaitement dans la tradition du droit de l'Union, venant alors faire de la proposition des Statuts une présomption (2).

1) Une dévolution facultative

Le corps du traité n'évoque pas la question ; que ce soit dans le chapitre relatif à la politique monétaire²⁸¹ ou traitant de la Banque centrale européenne²⁸². Les Statuts ne contiennent pas une clause générale confiant aux BCN le soin d'exécuter le droit adopté par le système dans son ensemble. Au contraire, les statuts posent un principe de répartition de la fonction exécutive à l'article 9 paragraphe 2 : « *La BCE veille à ce que les missions conférées au SEBC en vertu de l'article 127, paragraphes 2, 3 et 5, dudit traité soient exécutées par ses propres activités, conformément aux présents statuts, ou par les banques centrales nationales, conformément aux articles 12.1 et 14* ». Cet article ne donne pas d'indications sur la manière avec laquelle les compétences doivent être réparties. L'article 14 pose le principe, explicité au chapitre suivant, de la position hiérarchique de la BCE sur les BCN, puisque ces dernières doivent agir « *conformément aux orientations et instructions de la BCE* »²⁸³.

L'article 12 relatif à la « *Responsabilité des organes de décision* » est, quant à lui, légèrement flou. Le troisième alinéa de son premier paragraphe précise que « *Dans la mesure jugée possible et adéquate et sans préjudice du présent article, la BCE recourt aux banques centrales nationales pour l'exécution des opérations de politique monétaire* ». L'alinéa premier précise que « *Le directoire met en œuvre la politique monétaire* ». Il y a ainsi, à en suivre les statuts, deux phases : la mise en œuvre de la politique monétaire, puis l'exécution des opérations. Seule la seconde est peut-être déléguée aux BCN. La possibilité d'une

²⁸⁰ LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », *Euredia*, 2009 n° 3, pp. 455-485, ici p. 460 : « *The ESCB Statute remains rather vague on the concrete division of labour in the system* ».

²⁸¹ « *Chapitre 2 : La politique monétaire* » du « *Titre VIII : La politique économique et monétaire* » de la « *Quatrième partie : Les politiques et actions internes de l'Union* » du TFUE.

²⁸² « *Chapitre 4 : La Banque centrale européenne* » du « *Titre I : Dispositions institutionnelles* » de la « *Sixième partie : Dispositions institutionnelles et financières* » du TFUE.

²⁸³ Art. 14 §3 des Statuts.

délégation de la fonction exécutive est certes posée mais l'exécution nationale est-elle le principe ou l'exception ?

Dans quelques matières, une solution se profile. Ainsi, dans le domaine statistique, l'article 5 des Statuts précise, à son paragraphe premier, que « *la BCE, assistée par les banques centrales nationales, collecte les informations statistiques nécessaires* ». Son deuxième paragraphe confirme cette obligation et établit que « *Les banques centrales nationales exécutent, dans la mesure du possible, les missions décrites à l'article 5.1* ». L'article 19, paragraphe 1, relatif aux réserves obligatoires va dans le même sens, en précisant qu'elles peuvent être constituées « *auprès de la BCE et des banques centrales nationales* ». Aucun des deux ne précise une division claire des fonctions entre l'échelon européen et l'échelon national. Cependant, pour J.-V., « *Les Statuts présentent (...) un penchant évident pour la décentralisation des opérations. C'est l'une des justifications les plus évidentes de l'existence d'un système de Banques centrales et pas seulement un système banque centrale* »²⁸⁴. Une telle conclusion est confirmée, voire confortée, par la préférence ontologique du droit de l'Union pour l'exécution décentralisée.

2) Une dévolution logique

Les traités fondateurs n'étaient pas plus diserts sur la répartition de la fonction exécutive au sein des Communautés. Il a fallu attendre le traité de Lisbonne pour qu'une répartition claire soit posée. En l'absence de telles dispositions, la doctrine était cependant formelle et a toujours estimé que l'exécution appartenait en priorité aux États membres. Les fondements juridiques de cette solution sont plus ambigus. Sur les raisons pratiques, elles s'appliquent *mutatis mutandis* à l'Eurosystème. Les fondements juridiques peuvent aussi lui être étendus. Pour le comprendre, il faut revenir sur ces dispositions ayant abouti à la dévolution de la compétence exécutive à l'échelon national.

Les fondements du principe de l'exécution nationale du droit de l'Union ne sont pas explicites. En réalité, ils sont à retrouver dans l'esprit du traité dont l'essence est contenue dans l'article 4 paragraphe 3 du TUE²⁸⁵. La doctrine s'oppose sur ce sujet, aidée en cela par une jurisprudence fluctuante. La Cour de justice a toujours estimé que la mise en œuvre du droit de l'Union relève des États membres mais sans en préciser clairement le fondement²⁸⁶. Pour M. Blanquet, la source de l'obligation de mise en œuvre du droit de l'Union se trouve dans l'article 5 TCEE : « *Les États membres jouent un rôle central dans ce cadre de la mise en œuvre du droit communautaire et c'est essentiellement en utilisant l'article 5 C.E.E. que la Cour de Justice a explicité, précisé, encadré cette fonction des États membres* »²⁸⁷. Pour

²⁸⁴ « *The Statute provides, in our view, for a clear bias for decentralization of operations. It is one of the most convincing of the justifications for the existence of a System of Central Banks and not just a Central Banking System* », LOUIS J.-V., « The economic and monetary Union: law and institutions », précité, p. 590. Le traduction est délicate car la nuance, très pratique, en anglais entre « Central Bank » et les activités « Central banking » n'existe pas en français.

²⁸⁵ Xx article 10 TCE, ex article 5 TCEE, la dernière version a subi de petites modifications.

²⁸⁶ Sur cette jurisprudence, voir supra Chapitre de 2 du Titre 1 de la Première partie.

²⁸⁷ BLANQUET M., *L'article 5 du traité...*, précité, p. 25, voir sur les fondements de cette obligation pp. 34-43. Pour une analyse convergente, voir RITLÉNG D., « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union »

d'autres, c'est l'économie générale du système institutionnel de l'Union qui impose cette solution²⁸⁸. Ce sont notamment : « *les conséquences des principes de primauté et d'intégration {qui} expliqueraient tout les aspects fondamentaux du pouvoir exécutif des autorités nationales* »²⁸⁹. En réalité, comme l'a précisé M. Tizzano « *l'article 5, dans un certain sens, résume les principes généraux structurels et normatifs du traité* »²⁹⁰. La jurisprudence ne dit, d'ailleurs, pas autre chose lorsqu'elle estime, dans l'arrêt *Deutsche Milchkontor*, que « *Conformément aux principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté et qui régissent les relations entre la Communauté et les États membres, il appartient aux États membres, en vertu de l'article 5 du traité, d'assurer sur leur territoire l'exécution des réglementations communautaires* »²⁹¹. C'est en tant que représentatif des principes inhérents au système institutionnel de l'Union que cet article a été la source du principe de coopération loyale entre l'Union et les États membres et des institutions entre elles²⁹².

Formellement, l'article 4 paragraphe 3 ne vise pas l'Eurosystème. En revanche, le principe qui en découle, et qui est inhérent à l'architecture constitutionnelle de l'Union, s'applique à l'Eurosystème. Ce principe, qui impose à l'échelon national de mettre en œuvre le droit produit par l'échelon européen, est aisément transposable à l'Eurosystème en tant que système de droit de l'Union auquel s'appliquent les grands principes qui le régissent. Ainsi se voit confirmée la présomption, implicite dans les Statuts, selon laquelle l'échelon national est titulaire de la fonction exécutive du droit produit au niveau de l'Union. On peut alors en déduire que les BCN ont une compétence personnelle propre et sont, au sens de C. Eisenmann, des organes « *non-centraux* ».

Conclusion du Chapitre 1 :

L'identification d'une fonction propre à chaque composante du système ne suffit pas à le qualifier de décentralisé. Certes, la première partie de la définition de C. Eisenmann est remplie puisque la BCE jouit d'une compétence "universelle" – en matière monétaire – et les

2

précité, p. 30 et pp. 40-41 et MEHDI R., « *L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes* », précité, pp. 618-619.

L. Dubouis et C. Blumann sont formels : « *Sur le plan juridique, le principe d'administration indirecte découle de la coopération loyale de l'article 4, §3 nouveau du TUE* » (BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, p. 480).

²⁸⁸ « *Dans l'ordre juridique communautaire, la jurisprudence fait certe référence à l'article 10 TCE en relation avec la compétence d'exécuter le droit communautaire. Mais, à bien y regarder, c'est généralement dans le dessein de préciser et de délimiter les obligations à charge des autorités nationales – voire de la Commission – lorsqu'elles exécutent le droit communautaire (le « comment »), mais non pour en décrire le fondement générale (le « pourquoi »)* », DUBEY. B., « *Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe* », précité, p. 96.

²⁸⁹ JORDA J., *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, précité, ici p. 245 voir plus généralement pp. 245-255.

²⁹⁰ TIZZANO A., « *Les compétences de la Communauté* », précité, p. 71. Sur ce thème voir aussi les développements de M. Blanquet sur le rôle et la signification de l'article 4 §3 TFUE voir BLANQUET M., *L'article 5 du traité CEE*, précité, respectivement pp. 325-254 et pp. 367-431.

²⁹¹ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Mikchkontor*, précité, §17.

²⁹² Sur ce principe voir *infra* Titre 2 de cette partie.

BCN d'une compétence limitée localement. La première est au centre du système. Elle prend les grandes décisions qui visent à l'organiser. Cette place dépasse le système et la reconnaissance de son expertise dans les domaines monétaires et s'étend à l'Union. Le rôle privilégié que lui reconnaît l'Union renforce celui qu'elle joue au sein du système. Les secondes sont conçues comme des agents du système, chargées de répercuter les décisions prises à son sommet. Leur appartenance au système est d'ailleurs conditionnée à leur capacité de s'y intégrer parfaitement et de pouvoir donner toute leur force aux actes reçus de sa tête. Cette répartition des fonctions ne suffit toutefois pas à qualifier le système de décentralisé et ne suffira pas. L'idée même de décentralisation est réductrice et ne permet pas de comprendre l'hybridité de la place de la BCE comme des BCN que la notion de système traduit. Pour s'en convaincre, il faut étudier les relations qu'entretiennent entre elles les différentes composantes du système. C'est par une étude concrète de la division du travail entre BCE et BCN que ressortira l'organisation du système²⁹³.

²⁹³ « *The legal analysis can hardly be limited to the provisions of the ESCB Statute, in view of their general and evolutionary character (...) We need to proceed by an incremental approach considering how concretely the various tasks have been carried out by the Eurosystem central banks since the start of its operations on 1 January 1999. After ten years, the Eurosystem is still very young, subject to progressive development* », LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 458.

Chapitre 2 : Un système décentralisé ?

Les rapports entre l'Union et les États membres, au stade de la mise en œuvre des normes communautaires, sont analysés à l'aune du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. Le principe dérive naturellement du choix opéré par les traités de l'échelon national comme responsable de l'implémentation. R. Mehdi précise alors que « *Se gardant d'empiéter sur la sphère de souveraineté exclusive des États membres, les rédacteurs des traités n'ont pas défini ce que devrait être le rôle des autorités nationales dans l'application du droit communautaire* »²⁹⁴. La jurisprudence de la Cour a ensuite reconnu cette liberté²⁹⁵ que la doctrine a systématisée autour du concept d'autonomie institutionnelle et procédurale²⁹⁶. Il s'agit d'un « *principe à double face qui traduit tantôt un principe de respect, tantôt un principe de soumission* »²⁹⁷. Le principe vient garantir la liberté des États membres dans le choix des modalités de mise en œuvre du droit de l'Union.

Cependant, il s'oppose ontologiquement à une autre exigence : celle d'application uniforme du droit de l'Union. Posée dès l'arrêt Costa²⁹⁸, cette exigence n'a pas acquis – comme le fait remarquer W. van Gerven – le rang de principe et permet encore des différences nationales²⁹⁹. Comme le remarque L. Potvin-Solis, la compétence que l'Union met à la disposition des États

²⁹⁴ MEHDI R., « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », précité, p. 625.

²⁹⁵ Voir les jurisprudences citées à la Section 2 du Chapitre 2 du Titre 1 de la Première partie. Voir aussi CJCE, 1 février 1971, Fleischkontor c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, Aff. 39/70, Rec.1971, p. 49 « *dans les cas où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national* ».

²⁹⁶ Voir supra, Chapitre 2 du Titre 1 de la Première partie.

L'expression émane du Pr. Rideau, voir : RIDEAU J., « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903. Elle a ensuite été reprise par la doctrine, voir notamment la thèse de Mme Le Baut-Ferrarese précité (LE BAUT-FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité). Elle est aujourd'hui présente dans de nombreux manuels, voir BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Éd., précité, pp. 479-509 ; ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Éd., précité, p. 444 ; JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} Éd., précité, p. 580-588 (le Pr. Jacqué ne reprend pas l'expression mots pour mots mais parle de « *l'autonomie des États membres* » p. 580), SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Éd., p. 105-106, RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^{ème} Éd., p. 981-1000. En doctrine, voir MEHDI R., « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », précité et LE BARBIER de BRIS M. « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », précité et POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire » in BARBATO J.-C. & MOUTON J.-D., *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne – Réflexions à partir des notions de solidarité et d'identité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 113-156.

²⁹⁷ POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », précité, p. 155.

²⁹⁸ CJCE, 15 juillet 1964, Costa contre E.N.E.L, 6/64, Rec. p. 01141 : « *la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visés à l'article 5 (2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7* ».

²⁹⁹ « *it is clear that the Court does not regard the requirement of uniform application (or should we say: uniform enforcement ?) as an all embracing principle which does not allow for national differences* », Van GERVEN W., « Of right, remedies and procedures », *CMLR*, 2000 Vol. 37, pp. 501-536, p. 503.

Sur la notion de principe en droit de l'Union voir SIMON D., « Les principes en droit communautaire » in CAUDAL S., *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, pp. 287-304.

membres est « *un instrument mis au service de l'effectivité et de la portée normative du droit communautaire* »³⁰⁰. D. Simon résume ce dilemme comme « *La dialectique de l'intégration* »³⁰¹. Les États membres restent libres de déterminer les modalités de mise en œuvre tant que cela n'affecte pas l'exigence d'uniformité du droit de l'Union³⁰².

Les BCN disposent-elles d'une autonomie institutionnelle et procédurale ? Cette dialectique se retrouve recomposée au niveau de l'Eurosystème, sous l'effet d'une prégnance particulière du « *principe d'uniformité* », évoqué par D. Simon. La politique monétaire ne peut tolérer de variations. La nature de médium de la monnaie la rend sensible à toute divergence d'un État à l'autre. L'ouverture des marchés financiers de la zone euro permet une circulation permanente nécessitant une uniformité de la politique monétaire. Le second versant de la dialectique reste valable. Le premier chapitre a montré que les BCN persistent du fait des disparités nationales et du besoin de l'expertise des BCN quant à leur marché. Les termes de l'opposition restent les mêmes : autonomie versus uniformité. Cependant, l'intégration conduit à une convergence des marchés, à un besoin d'homogénéité des structures, qui rend le second terme de l'alternative dominant. Les BCN se voient reconnaître une autonomie mais qui a tendance à se limiter (Section 1), là où la BCE fait figure d'autorité au sein du système (Section 2).

Cette lecture des rapports entre échelons faite par la doctrine communautaire dans une logique d'autonomie s'inscrit dans la perspective analytique proposée par C. Eisenmann. Le degré d'autonomie dont vont jouir les BCN, et corrélativement, la prégnance du pouvoir de la BCE sur elles va permettre de caractériser le système entre centralisation et décentralisation. On verra cependant apparaître des spécificités qui font qu'une telle lecture reste réductrice et, au contraire, la logique d'un système où le tout est plus que les parties et inversement se dégagera.

Section 1 - L'autonomie limitée des BCN au sein du système

Les termes de l'alternative sont connus et viennent d'être rappelés. Ils seront à présent étudiés plus en profondeur. Les Statuts contiennent une proposition de décentralisation qui a été suivie par le système. Ce dernier se repose majoritairement sur les BCN pour la mise en œuvre des actes et des politiques décidées au niveau systémique. Cette délégation se double d'une reconnaissance d'une marge de manœuvre au profit des banques centrales nationales (§1). Cependant, plus de dix ans après son entrée en fonction, le système a acquis une expérience et nécessite moins de se baser sur celles des BCN. Suivant aussi un besoin

³⁰⁰ POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », précité, p. 121.

³⁰¹ « *Le dispositif de partage des compétences (...) est caractérisé par une tension structurelle entre le principe de décentralisation, qui fait des États membres les relais de la mise en œuvre du droit communautaire, et le principe d'uniformité, qui suppose une coopération contrôlée des autorités nationales à l'application effective des normes communautaires* », SIMON D., *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} Ed., p. 154-155

³⁰² Les États membres « *ne sont effectivement maîtres de leurs modalités internes de mise en œuvre pour autant que les formes et moyens retenus garantissent le plein et uniforme effet du droit communautaire. Qu'il en aille autrement et le principe de coopération loyale viendra en revanche entraver leur faculté d'auto-organisation* », LE BARBIER de BRIS M. « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », précité, p. 429.

d'uniformité, notamment à la demande des contreparties, le système tend à limiter la liberté des BCN (§2).

§.1 - L'autonomie BCN dans la mise en œuvre droit de l'Eurosystème

La fonction d'exécution du droit de l'Union, dévolue aux États membres, se compose de deux voies : l'exécution normative et l'exécution administrative³⁰³. La première désigne une « *mise en œuvre normative complémentaire* » et la seconde « *l'application administrative des règles communautaires* »³⁰⁴. Déterminer si les BCN sont réellement titulaires de la fonction d'exécution, impose alors de rechercher si elles sont responsables de l'une ou l'autre de ces tâches. Une telle investigation amène à un constat clair : les BCN sont titulaires de ces deux branches de la fonction d'exécution. « *Les tâches (contrats concernant la politique monétaire, opérations au sein des systèmes de paiement, etc.) sont effectuées par les BCN par elles-mêmes et en leur propre nom, en conformité avec leur droit national, imputées à leur propre bilan, et elles en sont responsables sur leurs biens propres, sous réserve de certaines matières où les statuts permettent la mise en commun des pertes* »³⁰⁵. Un tel exercice permet alors de retrouver la définition de C. Eisenmann puisque se trouvera confirmée la compétence personnelle propre des BCN. L'exécution normative est à rechercher en premier car c'est l'un des témoins clé du rôle confié aux autorités nationales (A). De celle-ci peut alors découler l'exécution administrative (B).

A. L'exécution normative confiée aux BCN

Le principe même d'une législation à deux étages est le symbole d'une compétence résiduelle de l'échelon national, chargé d'apporter un complément normatif au droit produit par l'Union³⁰⁶. Ainsi, pour R. Mehdi : « *L'adoption par les instances communautaires d'un instrument donné de législation conditionnera, en tout ou partie, l'engagement des États* »³⁰⁷. A cet égard, le choix fait par l'Eurosystème de privilégier l'orientation, nécessitant des mesures nationales d'exécution (1) n'est pas neutre à l'égard de la dévolution de la fonction exécutive (2).

³⁰³ Sur ce thème voir BLANQUET M., *L'article 5 du traité CEE...*, précité, pp. 44-53 (M. Blanquet parle de « *mise en œuvre normative* », p. 44, et de « *exécution administrative* », p. 46) ; SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, pp. 159-170 ; ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 9^{ème} Ed., précité, pp. 317-329

³⁰⁴ SIMON D., *Le système juridique communautaire*, respectivement p. 159 et 163.

³⁰⁵ « *The tasks (contracts concerning monetary policy, operations in the payments system, etc.) are performed by the NCBs in their own right and in their own name, in accordance with national law, charged against their own balance sheet, and with responsibility for their actions out of their assets, without prejudice to the fact that in certain matters the provisions of the Statute allowing the sharing of the losses* », PRIEGO F.-J. & CONLLEDO F., « *The role of the decentralisation principle in the legal construction of the European System of Central Banks* » précité, p. 194.

³⁰⁶ Pour J.-V. Louis et T. Ronse : « *Le principe de l'autonomie des États apparaît pleinement dans le contexte de l'apport de compléments normatifs aux actes communautaires* » (LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, précité, p. 399). Mme Le Baut-Ferrarese parle d'une « *rétenion de compétence* » de la part des États, notamment dans la transposition des directives (FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, pp. 42-48).

³⁰⁷ MEHDI R., « *L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes* », précité, p. 617.

1) Les orientations, instrument normatif incomplet et source exécution normative

L'orientation, comme la directive, reflète un choix clair en faveur de l'administration indirecte. Le Professeur Neframi estime que « *la directive est par nature la norme révélatrice de l'autonomie institutionnelle* »³⁰⁸. L'absence de cet instrument dans le panel de ceux disponibles pour l'action normative de l'Eurosystème pourrait alors être un indice de l'absence d'autonomie des BCN³⁰⁹. L'exclusion des directives est logique. Celles-ci ont pour destinataires les Etats, et notamment les administrations centrales responsables de la transposition. L'indépendance des BCN empêche l'utilisation de cet instrument. En revanche, le système a créé ses propres directives : les orientations.

Ces dernières sont conçues par la BCE comme des instruments normatifs à double détente exigeant une intervention de la part des BCN. Elles résultent de la structure spécifique de l'Eurosystème, où persistent les personnalités juridiques des BCN. Le système est, par essence, à deux niveaux et exige des instruments propres à assurer sa gestion, tout en maintenant l'unité de la politique monétaire³¹⁰. Comme l'Union avait besoin des directives, le système a besoin des orientations³¹¹. La BCE fait, très justement, ce lien mais en sens inverse. Selon elle, c'est parce que l'exécution de la politique monétaire est décentralisée que le système a besoin des orientations³¹². Le débat pourrait être le même au sujet des directives, existent-elles du fait du principe d'administration indirecte ou en sont-elles un indice³¹³ ? Les deux idées sont consubstantiellement liées à un tel point qu'il est délicat de réellement décider laquelle des deux engendre l'autre. Pour l'Eurosystème, les Statuts proposent la décentralisation de manière insistante. La création des orientations vient attester de la pratique effective de la décentralisation. E. de Lhoneux le confirme lorsqu'il estime que « *le principe de décentralisation a favorisé l'utilisation extensive des "orientations de la BCE" comme forme juridique* »³¹⁴.

³⁰⁸ NEFRAMI E., « L'État membre au service de l'Union européenne », précité, p. 54.

³⁰⁹ Voir ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The European Central Bank, its system and its law (second and third part) », précité, pp. 228-230 : « *there is within the ESCB, just-one decision making level, namely the ECB. The competence of the ECB are thus field of exclusive competence where all national legislative competence have passed definitely and irrevocably to the Community level* » (p. 229), voir aussi, « The European Central Bank, its system and its law (first part) », pp. 209-211.

³¹⁰ Voir sur ce thème, DUISENBERG W.-F., « The euro as a catalyst for legal convergence in Europe », 17 septembre 2000.

³¹¹ La BCE le reconnaît explicitement, « *Chacun des organes constituant l'Eurosystème, à savoir les banques centrales nationales des États membres participant à la zone euro et la BCE, garde sa propre personnalité juridique. La BCE, qui doit tenir compte de cette structure originale, doit avoir à sa disposition les instruments juridiques internes nécessaires pour permettre à l'Eurosystème de fonctionner efficacement comme une entité unique, en vue d'atteindre les objectifs fixés par le Traité.* », BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », précité, p. 57.

³¹² « *Étant donné la structure établie par les Statuts selon laquelle les opérations faisant partie des missions de l'Eurosystème doivent être exécutées par les banques centrales nationales dans la mesure adéquate et possible, les Orientations de la BCE sont destinées à être les instruments juridiques au moyen desquels la politique de l'Eurosystème est définie* », *ibidem*.

³¹³ Ainsi, par exemple, pour L. Dubouis et C. Blumann, la directive et les « *mesures d'exécution* » qu'elle engendre appartiennent au « *Fondement du principe d'administration indirecte* », BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, p. 481 et 479.

³¹⁴ « *The decentralisation principle has favored an extensive use of "ECB guidelines" as a legal format* », LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 469.

Les orientations sont typiquement des instruments normatifs à deux niveaux puisqu'elles exigent de la part des BCN la prise de mesures normatives afin d'harmoniser l'environnement juridique dans lequel elles interviennent³¹⁵. Cependant, en l'absence de définition officielle des orientations³¹⁶, il est délicat de le montrer. La BCE le sous-entend lorsqu'elle précise que : « *les Orientations de la BCE ont été conçues de manière à permettre, dans la mesure du possible, l'exécution décentralisée appropriée des opérations de politique monétaire, tout en assurant, dans le même temps, le plein respect des exigences de la politique monétaire unique dans la zone euro* »³¹⁷. La directive poursuit les mêmes buts. Pour G. Isaac et M. Blanquet, il ne faut pas voir dans la directive la possibilité pour les États de faire prévaloir leurs intérêts sur celui de l'Union ; mais plutôt la voie la plus appropriée pour l'Union d'atteindre ses buts en respectant les spécificités nationales³¹⁸. Ces instruments imposent aux États membres de prendre des mesures pour les transposer, les BCN sont redevables de la même opération à l'endroit des orientations.

2) Les BCN responsables de la « transposition » des orientations

De nombreuses orientations contiennent dans leurs dispositions finales une formule du type « *Les banques centrales nationales adressent à la BCE, avant le (...), les mesures par lesquelles elles entendent se conformer à la présente orientation* »³¹⁹. On peut trouver une variante, différente dans le fond et cela a son importance, selon laquelle « *Au plus tard le (...), les BCN transmettent à la BCE un exposé détaillé des textes **et des moyens** par lesquels elles entendent se conformer à la présente orientation* »³²⁰. Enfin, les orientations vont jusqu'à préciser que « *Chaque BCN informe la BCE, au plus tard le (...), des dispositions **législatives, réglementaires et administratives** nécessaires pour se conformer à la présente orientation* »³²¹. Le mot de transposition n'est pas utilisé dans les textes, même si la BCE

³¹⁵ « *Minimal common features are to be provided and the legal documentation has to include the possibility of national variations, which are necessary due to the diversity of the legal context in which operation will be effected. The purpose of the elaboration of a guideline on monetary policy (...) is to lay down these common features* », LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », précité, pp. 52-53.

³¹⁶ Sur la genèse de ces actes voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

³¹⁷ BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », précité, p. 57

³¹⁸ « *la logique de la directive paraît plutôt consister en une réalisation optimale des objectifs visés plutôt qu'en un quelconque équilibre entre ces objectifs et l'intérêt propre de chaque État.* », ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Ed., précité, p. 308.

³¹⁹ Nous reprenons ici la formule contenue dans l'article 3 de l'orientation de la Banque centrale européenne du 14 octobre 2011 modifiant l'orientation BCE/2007/2 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2011/15) JO L 279 du 26.10.2011, pp. 5-7. Il en existe des variantes terminologiques mais où le fond ne change pas : « *Les BCN transmettent à la BCE, au plus tard le 15 octobre 2000, un exposé détaillé des textes et des moyens par lesquels elles entendent se conformer à la présente orientation* » (article 2 « Vérification de l'Orientation de la BCE du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7) » précité).

³²⁰ Orientation de la BCE du 26 septembre 2002 relative aux normes minimales applicables à la BCE et aux banques centrales nationales lors de la conduite des opérations de politique monétaire et des opérations de change effectuées avec les réserves de change de la BCE et lors de la gestion des avoirs de réserve de change de la BCE, précité, art. 3, nous soulignons.

³²¹ Orientation de la Banque centrale européenne du 27 février 2002 portant modification de l'orientation BCE/2001/3 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET) (BCE/2002/1), JO L 67 du 9.3.2002, pp. 74-76. Nous soulignons.

l'utilise dans un rapport mensuel pour évoquer ce processus³²². L'Orientation relative aux instruments de politique monétaire contient une formule intéressante. Son article premier précise que les BCN « *prennent toutes les mesures appropriées pour exécuter les opérations de politique monétaire conformément aux principes, instruments, procédures et critères (...) de la présente orientation* »³²³.

La formule rappelle celle de l'article 4 paragraphe 3 du TUE³²⁴. La présence systématique d'une date donnée par la BCE est le pendant des délais de transposition inscrits dans les directives. Ces différentes formulations posent la question du type de mesure que les BCN doivent adopter. Sur ce point, la différence avec les directives se fait sentir. Les orientations s'adressent aux BCN à qui incombent leur mise en œuvre. Il est par conséquent délicat de concilier l'indépendance des BCN³²⁵ et la possibilité d'une transposition législative d'une orientation. Au contraire c'est le plus souvent par la voie administrative qu'elles seront mises en œuvre, aux moyens d'actes internes³²⁶.

Ce type de mesures est prohibé pour la transposition des directives. La Cour a précisé que « *De simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient (...) être considérées comme constituant une exécution valable de l'obligation qui incombe en vertu de l'article 189 aux États membres destinataires des directives* »³²⁷. A l'évidence, une telle jurisprudence ne saurait s'appliquer aux orientations dont la mise en œuvre est confiée aux BCN, organes administratifs par nature.

Pour C. Zilioli et M. Selmayr, cette différence est due au transfert total de la compétence en matière monétaire. Les États n'auraient plus la compétence d'adopter des lois en matière monétaire et la transposition des directives ne pourrait se faire que par le biais d'actes administratifs³²⁸. Ce raisonnement semble superficiel. Le transfert de compétence interdit aux États membres de prendre des lois par eux mêmes. Mais, lorsque l'Union a adopté une directive, les États membres restent libre du choix de l'instrument nécessaire à sa transposition, notamment une loi. Cette différence est due à l'indépendance du système qui fonctionne en quasi autarcie par rapport aux États et ne peut alors recourir à ses instruments traditionnels. C'est ainsi par le biais d'actes généraux ou individuels, notamment des contrats, que les BCN vont opérer cette transposition. Ce processus, et la diversité de ses formes, est

³²² Voir BCE, « Les modifications du cadre opérationnel de la politique monétaire », *Rapport Mensuel Août 2003*, pp. 41-55, plus particulièrement p. 54.

³²³ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité.

³²⁴ Art. 4 §3 alinéa 2 TUE : « *Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union* ».

³²⁵ Prévue à l'article 130 TFUE.

³²⁶ Ce qui pose un réel problème d'accès à ces sources.

³²⁷ CJCE, 6 mai 1980, Commission c. Belgique, aff. 102/79, Rec. 1980 p. 1473, §11.

³²⁸ « *Within the ESCB, however, all law making power has been transferred to the decision making bodies of the ECB. Therefore, ECB Guidelines, at least when addressed to the national central banks, cannot require legislative implementation, but only implementation by means of administrative measures or the conclusion of contracts* », ZILIOLO C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, pp. 107-108.

résumé ainsi par E. de Lhoneux : « *Les BCN doivent obéir aux Orientations en s'assurant de l'adaptation du droit de leur juridiction : les règlements, les dispositions administratives et les clauses contractuelles* »³²⁹.

Ainsi, la BCE s'assure que l'environnement juridique dans lequel seront exécutées administrativement les décisions prises par le système sera uniformisé. Une telle démarche est plus large. Ainsi le règlement relatif aux réserves obligatoires précise à son article 5 paragraphe 3³³⁰ que « *Chaque BCN participante détermine les procédures de notification des réserves obligatoires de chaque établissement, conformément aux principes suivants* ». Il est logique de laisser cette marge de manœuvre aux BCN, car elles sont chargées de calculer le montant des réserves obligatoires de chaque contrepartie³³¹. Confier des tâches concrètes aux BCN les oblige à mettre en place des procédures internes propres à assurer l'exécution administrative des tâches dont elles sont chargées.

B. L'exécution administrative confiée aux BCN

Au-delà de la forme des orientations, leur contenu est révélateur du choix fait par l'Eurosystème de confier l'exécution administrative aux BCN. Dans la majorité des domaines de compétence du système, c'est elles qui sont responsables de la « *gestion quotidienne du droit* »³³² de l'Eurosystème, pour reprendre les mots de G. Isaac et M. Blanquet (1). Parmi cette gestion, les responsabilités statistiques méritent, par leur ampleur et leur complexité, une place à part (2). La confirmation de cette décentralisation se retrouve dans le régime juridique de cette exécution nationale qui relève du droit de chaque État membre (3).

1) Les BCN responsables des fonctions nationales au nom du système

Pour la Banque de France, « *Le Traité prévoit que la BCE recourt autant que possible aux BCN pour l'exécution des opérations faisant partie des missions de l'Eurosystème. En conséquence, le principe de décentralisation a été adopté pour l'organisation de l'Eurosystème* »³³³. Une telle solution dérive évidemment de l'article 12 paragraphe 1 des Statuts qui contient, pour R. Smits, une présomption de décentralisation³³⁴. Cette présomption a été confirmée par le droit de l'Eurosystème qui confie concrètement les opérations concrètes de gestions de la monnaie aux BCN.

Ainsi, dans le domaine de la politique monétaire, la conduite des opération est en principe confiée aux BCN à l'exception de certaines que la BCE peut se réserver la possibilité

³²⁹ « *The NCBs have to comply with the Guidelines by ensuring the adaptation in their jurisdiction of laws, regulations, administrative provisions or contractual provisions* », LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, pp. 469-471 ici p. 471.

³³⁰ Règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

³³¹ *Idem*, article 5 §1.

³³² ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Ed., précité, p. 455.

³³³ Banque de France, « La Banque centrale européenne, l'Eurosystème et le Système européen de banques centrales », *Note d'information*, n° 139, juin 2008, p. 9

³³⁴ « *Thus, Article 12.1, last sentence, ESCB Statute, is evidence of a presumption that the operations and activities of the System should, where 'possible and appropriate', take place at a decentralized level rather than be centralized at the ECB* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 112.

d'exécuter. La distinction, déjà mentionnée, faite par l'article 12 des Statuts entre la mise en œuvre et l'exécution de la politique monétaire prend ici tout son sens. La mise en œuvre est aux mains de la BCE qui décide des modalités concrètes des opérations de politique monétaire. Les BCN sont simplement chargées de l'exécution pratique de ces opérations. C. Noyer parle alors de « *décentralisation opérationnelle* »³³⁵. Premièrement, les réserves obligatoires sont constituées sur des « *comptes ouverts sur les livres des BCN* »³³⁶.

La majeure partie des opérations d'*open-market* évoquées au chapitre précédent sont « *exécutées de manière décentralisée par les BCN* » selon une formule omniprésente dans l'orientation n° 2011/14 concernant les instruments et procédures de politique monétaire³³⁷. C'est le cas pour les opérations principales de refinancement³³⁸, les opérations de refinancement à plus long terme³³⁹, les opérations structurelles³⁴⁰, les émissions de certificats de dettes de la BCE³⁴¹. Pour d'autres opérations, la formule change, et conformément à la logique de l'article 12 des Statuts, la BCE peut se réserver le soin de les exécuter.

Ainsi, pour les opérations de réglage fin, les opérations fermes, les *swaps* de change et les reprises de liquidité en blanc sont « *normalement effectuées de manière décentralisées par les BCN (le conseil des gouverneurs de la BCE peut décider que, dans des circonstances exceptionnelles, {elles} sont susceptibles d'être effectuées par la BCE)* »³⁴². Il est frappant que ce soit le conseil des gouverneurs et non le directoire qui puisse décider d'une telle reprise de la fonction d'exécution des BCN. Le principe de décentralisation s'en trouve renforcé, il n'appartient pas à la mise en œuvre de la politique monétaire³⁴³, mais à sa définition³⁴⁴. Concrètement, l'exécution décentralisée signifie que les contrats conclus pour la réalisation de ces opérations sont signés par les BCN et que ce sont à elles qu'est transférée la propriété des actifs admis en garantie de ces opérations. Il ne faut pas oublier que les BCN sont aussi chargées du calcul des réserves obligatoires, pièce maîtresse de la politique monétaire.

Pour l'émission des billets en Euro, le droit de l'Eurosystème est moins clair³⁴⁵. La décision relative à l'émission des billets en euro précise deux points³⁴⁶. A son article 2, elle rappelle que « *La BCE et les BCN émettent les billets en euros* ». La BCE a clarifié la notion d'émission dans un avis récent. Ce qui pourrait apparaître comme une question de

³³⁵ NOYER C., « La politique monétaire de l'Eurosystème : une vision interne », 8 octobre 2007.

³³⁶ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, pt. 7.1 de l'annexe I.

³³⁷ *Ibidem*.

³³⁸ *Idem*, pt. 3.1.2 de l'annexe I.

³³⁹ *Idem*, pt. 3.1.3 de l'annexe I.

³⁴⁰ *Idem*, pt. 3.1.5 de l'annexe I.

³⁴¹ *Idem*, pt. 3.3.4 de l'annexe I.

³⁴² Voir respectivement, pour les opérations énumérées, *ibidem* pt. 3.1.4, pt. 3.2.4, pt. 3.4.4 et 3.5.4 de l'annexe I.

³⁴³ Dévolu au directoire par l'article 12 §1 alinéa 2.

³⁴⁴ Dévolue au conseil des gouverneurs par l'article 12 §1 alinéa 1.

³⁴⁵ Il convient de rappeler que l'émission de pièces est de la responsabilité des États membres, la BCE devant préalablement approuver le volume de ces émissions, d'après l'article 128 paragraphe 2 du TFUE.

³⁴⁶ Décision de la BCE du 13 décembre 2010 relative à l'émission des billets en euros (refonte) (2011/67/UE) (BCE/2010/29), JO L n° 35 du 9.2.2011, p. 26-30.

« *vocabulaire monétaire* » est en réalité une question pratique centrale³⁴⁷. Ainsi, pour la BCE, « *La mise en circulation est une activité purement opérationnelle et physique qui peut être déléguée. L'émission dans son ensemble, comprenant tant la mise en circulation que l'inscription au bilan de l'autorité émettrice, est un acte de puissance publique qui ne peut pas être externalisé* »³⁴⁸.

Cette dernière est répartie entre tous les membres du système, y compris la BCE. Chaque Banque centrale du système sera responsable d'une part de l'émission des billets équivalentes à sa part dans le capital de la BCE, légèrement modifiée pour faire rentrer les émissions imputées à la BCE. En revanche, la production est uniquement l'œuvre des BCN³⁴⁹. La BCE ne produit, ni ne met en circulation aucun billet. Pour certains, cette seconde tâche est pourtant fondamentale car c'est par elle, lors du transfert de propriété du billet de la BCN à un tiers, que le papier devient réellement de la monnaie³⁵⁰. L'émission induit une opération comptable mais aussi des opérations concrètes, notamment d'entretien des billets³⁵¹. Lorsqu'elle émet des billets, la BCE ne prend pas en charge ce suivi pratique qui est entièrement dévolu aux BCN³⁵². L'émission fait naître une créance au passif de chaque BCN, il convient d'identifier alors clairement laquelle va émettre le billet. Aucune Banque centrale du système ne peut supporter seul ce passif, au contraire, il est réparti entre les BCN et la BCE selon leur participation dans le capital de la BCE³⁵³. D'ailleurs, la Banque centrale

³⁴⁷ SOUSI B., « Banques-notes », *Euredia*, 2011, n° 1, pp. 5-8, ici p. 7

³⁴⁸ Avis de la BCE du 11 février 2011 sur une recommandation en vue d'une décision du Conseil concernant les modalités de la renégociation de l'accord monétaire avec la Principauté de Monaco (CON/2011/8), JO n° C 60 pp. 1-2, ici p. 2 notes 4 et 5.

³⁴⁹ La répartition de la production et de la mise en circulation, et éventuellement sa correspondance avec l'émission n'est pas officielle, notamment pour des raisons de sécurité. Il est possible de savoir que la tâche est répartie, mais pas les montants. De même, la répartition entre la production et la mise en circulation est confuse. La mise en circulation est décentralisée, comme le précise la décision relative à l'émission des billets (Décision de la BCE du 13 décembre 2010 relative à l'émission des billets en euros).

³⁵⁰ Sur ce thème voir : KRAUSKOPF B., « How Euro banknotes acquire the properties of money » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 243-256 : « *In our opinion, putting the banknotes into circulation with the authorisation of the Governing Council of the ECB is an essential element of their transformation into money and fulfils the decision to issue banknotes manifest in the announcement. The transfer of ownership is to be seen as the moment when the banknotes take on a monetary value.* », idem, p. 253.

³⁵¹ Voir la définition donnée par J.-V. Louis : « *Que signifie alors l'émission ? C'est une notion comptable qui fait que du stock des billets une dette figurant dès lors au passif du bilan de la banque centrale et implique un engagement de ladite banque d'assurer la circulation des billets dans de bonnes conditions et, en particulier, de procéder à l'échange des billets détériorés, en cas de retrait, ou simplement sur demande, en billets de même valeur* », LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 253.

³⁵² « 1. Les BCN mettent en circulation et retirent de la circulation les billets en euros, et exécutent tout traitement physique concernant tous les billets en euros, y compris ceux émis par la BCE.

2. Les BCN acceptent, à la demande du porteur, tous les billets en euros en vue de les échanger contre des billets en euros de même valeur ou, dans le cas de titulaires de compte, en vue de les créditer sur des comptes détenus auprès de la BCN réceptrice.

3. Les BCN considèrent tous les billets en euros qu'elles acceptent comme des engagements et les traitent de manière identique ».

³⁵³ « Les billets en euros ont cours légal dans tous les États membres dont la monnaie est l'euro et ils circulent librement au sein de la zone euro, sont émis à nouveau par les membres de l'Eurosystème et peuvent également être stockés ou utilisés à l'extérieur de la zone euro. Il convient donc que le passif au titre de l'émission de la valeur totale des billets en euros en circulation soit réparti entre les membres de l'Eurosystème conformément à un critère objectif. La part de chaque BCN dans le capital libéré de la BCE constitue un critère approprié. Cette part résulte d'une application proportionnelle aux BCN de la clé de répartition du capital visée à l'article 29.1 des statuts du SEBC. Ce critère n'étant pas applicable à la BCE, la part, exprimée en pourcentage, de billets en euros devant être émis par la BCE doit être déterminée par le conseil des gouverneurs », Décision de la BCE du

d'émission ne coïncide pas toujours, et de moins en moins, avec celle qui met le billet en circulation³⁵⁴. Ainsi, comme le précise l'Eurosystème : du « *principe de décentralisation des opérations de l'Eurosystème (...) il résulte que les BCN doivent être chargées de mettre en circulation et de retirer de la circulation tous les billets en euros, dont ceux émis par la BCE. Conformément à ce principe, le traitement physique des billets en euros est également exécuté par les BCN* »³⁵⁵.

Enfin, en matière de systèmes de paiement, le même principe se retrouve. Le système TARGET 2 est décentralisé car chaque BCN dispose de son propre système, tous reliés les uns aux autres. Le principe contenu dans les Statuts d'une possible décentralisation se concrétise ainsi dans la majorité des missions confiées à l'Eurosystème. Il trouve sa manifestation la plus frappante dans le domaine des statistiques.

2) Les BCN responsables de la collecte des statistiques et tributaires d'obligations envers le système

Les mécanismes à l'œuvre en matière statistique sont une excellente illustration du caractère intégré du fonctionnement de l'Eurosystème. Le même schéma de fonctionnement est retrouvé pour chacun d'entre eux. Il laisse aux BCN le soin d'élaborer les statistiques nationales. Les statistiques sur le système et sur le marché passent d'abord par une phase nationale indispensable. Deux exemples le montrent bien, les statistiques du système et celles des marchés de capitaux³⁵⁶.

Pour l'établissement des statistiques propres de l'Eurosystème, afin de publier son bilan, les BCN disposent d'un marge de manœuvre limitée. La lecture des Statuts le laissait entendre. Leur article 26 paragraphe 3 impose au directoire d'établir le « *bilan consolidé* » du système. Le paragraphe suivant précise que « *le conseil des gouverneurs arrête les règles nécessaires à la normalisation des procédures comptables et d'information relatives aux opérations* » des BCN. Le conseil a très tôt exercé ce pouvoir. Les règles relatives à ces statistiques sont aujourd'hui posées par une orientation de novembre 2010³⁵⁷. Ses articles 3 à 22 viennent encadrer la manière dont le bilan des BCN doit être calculé. Ses exigences couvrent l'ensemble du bilan depuis les « *principes comptables de base* » posés à l'article 3, les

2

13 décembre 2010 relative à l'émission des billets en euros (refonte) (2011/67/UE) (BCE/2010/29), considérant 7.

³⁵⁴ Voir *infra*.

³⁵⁵ Décision de la BCE du 13 décembre 2010 relative à l'émission des billets en euros (refonte) (BCE/2010/29), précité, considérant 8. L'étude de l'Orientation de la BCE du 16 septembre 2004 relative à l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2004/18) conduit à la même conclusion. Voir MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », précité, § 82.

³⁵⁶ Sur les différents acteurs soumis à des obligations statistiques voir *supra* Chapitre 1 du Titre 1 de la Première partie.

³⁵⁷ Orientation de la BCE du 11 novembre 2010 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information financière dans le Système européen de banques centrales (refonte) (BCE/2010/20), JO n° L 35 du 9.2.2011, pp. 31-68 modifiée par l'orientation de la BCE du 21 décembre 2011 modifiant l'orientation BCE/2010/20 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information financière dans le Système européen de banques centrales (BCE/2011/27) JO L 19 du 24.1.2012, pp. 37-50.

méthodes de calcul³⁵⁸, jusqu'à la « *composition du bilan* »³⁵⁹. La marge de manœuvre des BCN est ici limitée. Seul l'article 21 leur offre le choix entre deux méthodes différentes de calcul des « *opérations à terme sur les titres* ». Conformément à l'article 23 les BCN ont, non seulement l'obligation de déclarer ces informations mais aussi de la faire selon « *La présentation des différentes situations financières publiées est conforme à l'ensemble des annexes* ». La BCE devant ensuite agréger ces informations, il est logique que soit imposé un modèle commun non seulement pour leur présentation, mais aussi pour leur calcul. Un mécanisme similaire se retrouve quant à l'établissement des « *statistiques monétaires, des institutions financières et des marchés de capitaux* » selon l'Orientation n° 2007/9³⁶⁰. Un formule du type « *Les BCN déclarent* », sous entendant que c'est à elles d'établir ces statistiques, est répétée de nombreuses fois³⁶¹.

Le règlement relatif au bilan du secteur des IFM ménage plus de liberté aux BCN³⁶². Dans ce domaine, l'Eurosystème impose directement des obligations de déclarations aux agents du marché et agit par voie de règlement. Les déclarations se font de manière décentralisée auprès des BCN.³⁶³ L'article 19 du règlement précise deux points intéressants. Les institutions déclarantes et les BCN ne disposent que d'une faible latitude dans le fond de leur déclaration puisqu'elles doivent être effectuées « *conformément aux normes minimales de transmission, d'exactitude, de conformité par rapport aux concepts et de révision précisées à l'annexe IV* ». En revanche, la procédure de déclaration est laissée à la discrétion des BCN. L'article 9 paragraphe 2 précise que « *Les BCN déterminent et mettent en œuvre le dispositif devant être suivi par la population déclarante effective, **conformément aux caractéristiques nationales*** »³⁶⁴.

La marge de manœuvre des BCN sera variable en fonction du besoin de la BCE en matière statistiques. Elle est limitée dans la présentation des données, mais pas dans les modalités de leur établissement. Il s'agit du signe flagrant du caractère fluctuant de l'autonomie des BCN. Un point est clair : la plupart des contacts directs entre le système et les contreparties passent par les BCN ; c'est ainsi au niveau national que devront se régler les éventuels conflits.

³⁵⁸ Voir, par exemple, l'article 5 qui détaille la méthode de comptabilisation en date d'engagement et méthode de comptabilisation en date d'encaissement/décaissement ou l'article 14 qui précise les règles de calcul des coûts de transaction.

³⁵⁹ L'article 6 impose qu'il se conforme à une structure précisée dans l'annexe IV qui compte treize pages.

³⁶⁰ Orientation de la BCE du 1^{er} août 2007 relative aux statistiques monétaires, des institutions financières et des marchés de capitaux (refonte) (BCE/2007/9), précité, voir notamment l'article 3.

³⁶¹ Voir article 3, 5, 6, etc.

³⁶² Règlement 25/2009/CE de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires, précité.

³⁶³ Idem, art. 4, « 1. *La population déclarante effective déclare à la BCN de l'État membre dans lequel l'IFM est résidente les encours mensuels relatifs au bilan de fin de mois* ».

³⁶⁴ Nous soulignons.

3) La compétence juridictionnelle nationale sur l'exécution administrative

L'exécution décentralisée induit la compétence des juridictions nationales pour connaître du droit de l'Union³⁶⁵. La Cour l'a clairement précisé dans les arrêts Rewe et Comet: « *par application du principe de coopération loyale énoncé à l'article 5 du traité, c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct des dispositions du droit communautaire* »³⁶⁶. Elle induit trois types de contentieux, d'après M. Blanquet : celui de la légalité, celui de la répétition de l'indu et celui de la responsabilité³⁶⁷. La matière monétaire connaît peu la répétition de l'indu. En revanche, la légalité et les responsabilités sont clairement partagées.

Pour le contentieux de la légalité, la solution classique prévaut : lorsqu'un acte de l'UE prévoit un instrument national de mise en œuvre, la légalité de ce dernier doit être recherchée devant les juridictions nationales³⁶⁸. La solution vaut aussi, depuis l'arrêt Sucrimex³⁶⁹, pour les cas où un organisme agricole prend une décision formelle reflétant l'opinion de la Commission. *Mutatis mutandis*, une telle solution est alors valable pour les actes des BCN transposant les orientations de la BCE et tous les actes pris par les BCN dans la mise en œuvre des décisions de l'Eurosystème. D'autant que certains actes de l'Eurosystème contiennent des dispositions sur la question.

L'orientation relative aux instruments et procédures de la politique monétaire précise que les litiges sont de la compétence du droit et des tribunaux de l'État auquel la banque centrale appartient³⁷⁰. Celle relative à TARGET 2 prévoit à l'article 44 de son annexe II, qui contient

³⁶⁵ Comme le précise B. Le Baut-Ferrarese : « *Dès lors que l'administration nationale exécute le droit communautaire, les litiges afférents à son activité sont ainsi du ressort de la juridiction de l'État dont cette administration relève* », LE BAUT-FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, ici p. 73 voir sur la compétence des juridictions nationales pp. 73-80.

³⁶⁶ CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, 33/76 et Comet, 45/76, précité, respectivement pt. 5 et 12.

³⁶⁷ BLANQUET M., *L'article 5 du traité C.E.E. ...*, précité, pp. 57-58.

³⁶⁸ Voir par exemple : CJCE, 26 novembre 1975, Société des grands moulins des Antilles c. Commission, aff. 99/74, Rec.1975 p. 01531, §23 : « *Il appartient donc aux juridictions nationales compétentes de statuer sur la légalité de ces actes, en application du droit communautaire, dans les formes prévues par le droit national et après l'utilisation éventuelle de l'article 177 du traité* » (sur le statut contentieux de ces mesures, voir KOVAR R., « *Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'"écran communautaire* » in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991 pp. 341-347 et MEHDI R., « *L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes* », précité)

³⁶⁹ CJCE, 27 mars 1980, Sucrimex SA et Westzucker GmbH c. Commission, aff. 133/79, Rec. 1980 p. 01299, §23-24 : « *En effet, en toute hypothèse, ce n'est pas le télex incriminé de la Commission, mais la décision du FIRS d'entériner la prise de position qui y était exprimée, qui pourrait être considérée comme faisant grief aux requérantes.*

Or, le contrôle de l'action administrative des États membres dans l'application du droit communautaire appartient en premier lieu aux juridictions nationales, sans préjudice de la possibilité pour celles-ci de poser des questions préjudicielles à la Cour en vertu de l'article 177 du traité CEE. Dans ces conditions, la voie de recours à envisager est une action devant les juridictions nationales, auxquelles la requérante s'est effectivement déjà adressée ».

Sur ces actes et leur contrôle voir NOGUELLOU R., « *Le régime de l'acte administratif de mise en œuvre du droit communautaire* » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 759-774, sur le régime contentieux pp. 768-774.

³⁷⁰ « *Les dispositions contractuelles pertinentes appliquées par la BCN précisent que le droit régissant les dispositions contractuelles ou réglementaires pertinentes appliquées par la BCN et toutes les opérations résultant desdites dispositions (sauf lorsque l'utilisation transfrontière d'actifs éligibles ne le permet pas) est celui de l'État membre dans lequel la banque centrale est établie, et que le lieu du règlement du litige est, sans préjudice de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne, celui des tribunaux compétents de*

le modèle de convention que la BCN doit signer avec la contrepartie, la compétence du droit et des tribunaux nationaux³⁷¹.

Pour le contentieux de la responsabilité, le raisonnement est plus délicat. Les traités ne prévoient pas la responsabilité des États membres pour violation du droit de l'Union. Un régime de responsabilité extracontractuelle, de la compétence de la CJUE, est évidemment mis en place par le TFUE à son article 340. Pour les États membres, il s'agit d'une création prétorienne de la Cour de justice³⁷². Dans le cas des BCN, le raisonnement s'inverse. La répartition de la responsabilité entre elles et la BCE est déterminée par les traités et le droit dérivé. L'étude de ce régime permet alors de confirmer que les BCN détiennent une fonction d'exécution, engendrant leur responsabilité en cas de mauvaise exécution. Au sein de l'Union, le partage de responsabilité est complexe. La doctrine envisage classiquement trois cas : la mauvaise exécution par l'État membre d'une décision légale, l'exécution légale d'une décision illégale et un cumul de fautes³⁷³.

Dans le premier cas, l'État membre est considéré comme responsable³⁷⁴. Dans le second ce sera l'Union, mais depuis l'arrêt Krohn la Cour considère que si une voie de droit est ouverte devant le juge national pour réparer le préjudice, le requérant devra l'emprunter en priorité³⁷⁵. Dans le dernier cas, la victime devra rechercher en priorité indemnisation de son préjudice

2

l'État membre », Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14) (BCE/2011/14), précité, pt. I-12 de l'annexe II.

³⁷¹ Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité, art. 44 de l'annexe II : « *Droit applicable, tribunaux compétents et lieu d'exécution*

1. *La relation bilatérale entre la [insérer le nom de la BC] et les participants à TARGET2 [insérer une référence à la BC ou au pays] est régie par le droit [insérer l'adjectif relatif au nom du pays].*

2. *Sans préjudice de la compétence de la Cour de justice de l'Union européenne, tout litige lié à la relation visée au paragraphe 1 relève de la compétence exclusive des tribunaux compétents de [insérer le nom du lieu du siège de la BC].*

3. *Le lieu d'exécution concernant la relation juridique entre la [insérer le nom de la BC] et les participants est [insérer le nom du lieu du siège de la BC] » ?*

³⁷² CJCE, 19 novembre 1991, Frankovich et Bonifaci, C-6 et 9/90, Rec. 1991 p. I-5357 qui établit la responsabilité de l'État pour non-transposition d'une directive et CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame III, C-46 et 48/93, Rec. 1996 p. I-1029 qui élargit la responsabilité pour toute violation du droit communautaire et aligne les conditions d'engagement de la responsabilité des États sur celles d'engagement de la responsabilité de la Communauté. Voir sur cette reconnaissance et son rôle dans l'administration indirecte LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, pp. 684-688 voir aussi BROUELLE C., « La responsabilité de l'État pour non-exécution du droit communautaire » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 727-741

³⁷³ Voir BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, pp. 668-670 ; ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Ed., précité, pp. 606-610 ; JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} Ed., précité, pp. 681-685. Il ne s'agit pas ici de s'étendre sur ce thème, pour plus de précisions voir BROUELLE C., « L'imputation de la responsabilité dans les situations d'exécution nationale du droit communautaire » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 811-822.

³⁷⁴ CJCE, 26 novembre 1975, Société des grands moulins des Antilles c. Commission, précité.

³⁷⁵ CJCE, 26 février 1986, Krohn c. Commission, aff. 175/84, Rec. 1986 p. 00753 § 27 : « *Il est exact, cependant, que l'action en indemnité doit être appréciée au regard de l'ensemble du système de protection juridictionnelle des particuliers instauré par le traité et que sa recevabilité peut se trouver subordonnée, dans certains cas, à l'épuisement de voies de recours internes qui sont ouvertes pour obtenir l'annulation de la décision de l'autorité nationale. Encore faut-il, pour qu'il en soit ainsi, que ces voies de recours nationales assurent d'une manière efficace la protection des particuliers intéressés en étant susceptibles d'aboutir à la réparation du dommage allégué* ».

auprès des juridictions nationales et s'il n'est pas réparé en entier, il pourra ensuite se tourner vers les juges de l'Union³⁷⁶.

La responsabilité de l'Eurosystème est, comme le système entier, indépendante de celle de l'Union. L'article 340, relatif à la responsabilité contractuelle (alinéa 1) et extracontractuelle (alinéa 2) de l'Union, dispose à son troisième alinéa que c'est à la BCE de réparer les dommages qu'elle cause. La répartition de la responsabilité contractuelle est simple, ce sont les BCN qui signent les contrats, elles seront alors responsables. L'Orientation TARGET 2 vient confirmer ce point à l'article 31 de son annexe II³⁷⁷. Pour la responsabilité extracontractuelle, l'article 35 paragraphe 3 des Statuts confirme que « *La responsabilité des banques centrales nationales est déterminée en fonction de leur droit national respectif* ». La question du partage de compétence n'est pas tranchée. Pour C. Zilioli et M. Selmayr la responsabilité incombe à la BCE, dans les cas d'exécution indirecte, car l'article 340 évoque les dommages causés « *par elle-même ou par ses agents* ». Les auteurs estiment que les BCN sont les agents de la BCE et qu'en tant que tel, cette dernière est responsable de leurs actions³⁷⁸. R. Smits estime qu'il est parfois tellement difficile de différencier le rôle de la BCE de celui des BCN, que le système dans son ensemble doit être considéré comme responsable, tous ses membres étant solidaires³⁷⁹. F. Martucci s'oppose à cette lecture et propose d'appliquer la jurisprudence de la Cour de justice sur cette question. Les BCN seront ainsi responsables lorsqu'elles disposent d'un pouvoir discrétionnaire et la responsabilité sera conjointe si le pouvoir est lié³⁸⁰. Dans ce cas, pour E. de Lhoneux, les BCN devraient même être relevées de toute responsabilité³⁸¹.

Une telle position est logique. Il est cependant délicat d'y adhérer totalement, elle doit être nuancée. En théorie, les BCN ne sauraient être responsables lorsqu'elles n'ont aucune marge de manœuvre. Mais la Cour de justice a toujours cherché à alléger son prétoire et renvoie les plaignants en priorité devant les juridictions nationales, dans tous les cas où une institution de

³⁷⁶ CJCE, 14 juillet 1967, Firma E. Kampffmeyer c. Commission, Aff. jointes 5, 7 et 13 à 24/66, Rec. 1967 p. 00317.

³⁷⁷ Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité, notamment le paragraphe 2 : « *La [insérer le nom de la BC] est responsable vis-à-vis de ses participants, en cas de dol (y compris mais non limité à la faute intentionnelle) ou de faute lourde, de tout préjudice résultant du fonctionnement de TARGET2 [insérer une référence à la BC ou au pays]. En cas de simple négligence, la responsabilité de la [insérer le nom de la BC] est limitée au préjudice supporté directement par le participant, c'est-à-dire le montant de l'opération concernée et/ou la perte d'in térêts s'y ajoutant, en excluant tout préjudice indirect* ».

³⁷⁸ ZILIOLI C. & SELMAYR M., « The European Central Bank, its system and its law (second and third part) », précité, p. 362.

³⁷⁹ « *In my view, the case law on Member State liability would not be applicable when the NCB acted as part of the System. For the determination of the position of the NCBs in this it respect is relevant that the ESCB is established by the Treaty, that the system is composed of the ECB and the NCBs and that the NCBs are an integral part of the system. This leads me to conclude that, in spite of the provision stating their responsibility according to their national laws, NCBs may point to the ECB when held liable for actions done or omitted to be done on instructions of the latter. (...) As the System is to act as a whole, there may be grounds for assuming joint and several liability of the ECB and the NCBs* », SMITS R., *The European central bank and its law*, précité, p. 108.

³⁸⁰ MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », précité, § 85-86.

³⁸¹ « *As a rule, there should be no NCB liability as long as the NCB acts in compliance with the Eurosystem framework* », de LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 477.

l'Union et un organe national interviennent conjointement ou successivement. Cette conclusion est étayée par les statuts et le droit dérivé selon lesquels les BCN peuvent être responsables et un renvoi est fait à leur droit national. De telles références s'inscrivent dans la logique de la jurisprudence de la Cour qui trouve alors parfaitement à s'appliquer.

D'autant qu'il existe un mécanisme de compensation financière entre les membres du système, faisant que si l'un d'entre eux subit une perte dans le déroulement d'une opération de politique monétaire, il peut être indemnisé³⁸². Les conditions d'engagement de la responsabilité des BCN ne seront pas abordées ici³⁸³. Elles ne permettent en rien d'éclairer la répartition des compétences entre BCE et BCN. En effet, la Cour de justice impose les mêmes conditions pour l'engagement de la responsabilité de l'État ou de l'Union³⁸⁴. Elles seront alors les mêmes pour la BCE et les BCN. Une telle jurisprudence évite toute distorsion et assure une uniformité du régime juridique de la responsabilité du fait du droit de l'Union. Un tel alignement est représentatif de la philosophie de la Cour et de l'Union face à l'administration indirecte. Celle-ci faisant courir des risques pour l'uniformité de l'application du droit de l'Union, elle doit être encadrée.

§.2 - Une autonomie limitée

L'Eurosystème n'est pas une exception. L'Union connaît un mouvement d'uniformisation visant à réduire l'autonomie des États. Ce mouvement est particulièrement visible en matière contentieuse où la Cour est venue imposer aux États la mise en place de procédures spécifiques, alors même qu'elle leur confiait à l'origine le soin de déterminer les juridictions et les procédures permettant de faire appliquer le droit de l'Union³⁸⁵. La jurisprudence de la

³⁸² Art. 32 §4 alinéa 2 des Statuts : « *Le conseil des gouverneurs peut décider d'indemniser les banques centrales nationales pour les frais encourus à l'occasion de l'émission de billets ou, dans des circonstances exceptionnelles, pour des pertes particulières afférentes aux opérations de politique monétaire réalisées pour le compte du SEBC. L'indemnisation prend la forme que le conseil des gouverneurs juge appropriée; ces montants peuvent être compensés avec le revenu monétaire des banques centrales nationales.* »

³⁸³ Voir notamment : BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, pp. 664-674 ; ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Ed., précité, pp. 610-617 ; JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} Ed, précité, pp. 679-692.

Pour une étude sur la responsabilité en lien avec l'exécution voir PICOD F. & COUTRON L., « La responsabilité de la Communauté européenne du fait de son action administrative » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 171-211.

³⁸⁴ « *D'autre part, les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage.* », CJCE, 5 mars 1996, Brasserie du Pêcheur et Factortame III, précité, § 42.

³⁸⁵ « *les litiges liés aux opérations d'exécution fonctionnelle étatique du droit communautaire doivent échoir par principe aux juridictions nationales* », LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, p. 73.

Il s'agit là d'une conséquence logique de l'effet direct qui permet aux requérants de faire valoir devant les juridictions nationales les droits qu'ils tirent des traités et du droit dérivé. Sur le lien entre effet direct et compétence des États membres en matière juridictionnelle voir : BLANQUET M., *L'article 5 du Traité C.E.E.* ..., pp. 58-60 ; LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, pp. 75-79 et VAN GERVEN V., « Bridging the gap between community and national law: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies? », *CMLR*, 1995 Vol. 32, p. 679-702, plus précisément pp. 680-686.

Cour de justice est cependant venue limiter leur autonomie. Ainsi sont nés, avec les arrêts Rewe et Comet, les principes d'équivalence et d'effectivité³⁸⁶. Même ainsi encadrée, l'autonomie institutionnelle et procédurale fait courir le risque d'une mise en œuvre trop variable du droit communautaire, venant affecter son efficacité. Dans le domaine des mesures provisoires, la Cour est allée plus loin. Avec ses arrêts Factortame³⁸⁷, Zuckerfabrik³⁸⁸ et Atlanta³⁸⁹, elle autorise les juges à prendre ce type de mesures, même si les règles processuelles nationales ne l'y autorisent pas. Elle vient aussi encadrer les conditions d'octroi de ces mesures, en les alignant sur celles qui sont relatives aux mesures provisoires devant elle³⁹⁰. Elle justifie ce phénomène au nom de l'effet utile du droit communautaire³⁹¹. La Cour, en matière de mesures provisoires comme de responsabilité des États membres, exige des États la mise en place de procédures spécifiques au droit de l'Union, si elle n'existent pas au niveau national³⁹².

Ainsi, après avoir été encadrée, elle a été réduite voire supprimée³⁹³. B. Le Baut Ferrarèse appelle ce phénomène la « *modélisation* » qui « *recouvre toutes les actions par lesquelles la Communauté propose et impose, en tant que modèle, une règle particulière de contenu formel. Cette modélisation implique un passage à la compétence communautaire supérieure par préférence au niveau étatique – sinon l'évolution ne serait pas nécessaire – foncièrement incapable de traiter de façon satisfaisante les questions formelles* »³⁹⁴. Elle peut être le fait de la jurisprudence ou du droit dérivé³⁹⁵.

L'Eurosystème n'échappe pas à ce processus de modélisation. Les causes en sont les mêmes : le risque d'application hétérogène du droit et des politiques de l'Eurosystème. J.-V. estime que « *Il va de soi que la préférence pour le recours aux orientations en lieu et place d'actes directement applicables conduit à un manque d'uniformité dans l'application des réglementations arrêtées centralement et cela dans les secteurs les plus importants* »³⁹⁶. C.

³⁸⁶ CJCE 16 juillet 1976 Rewe Zentral et Comet, précité. Voir supra Section 2 du Chapitre 2 du Titre 1 de la Première partie sur ce principes.

³⁸⁷ CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff. C-213/89, Rec. 1990 p. I-2433.

³⁸⁸ CJCE, 21 février 1991, Zuckerfabrik, aff. jtes. C-143/88 et C-92/89, Rec. 1991 p. I-534.

³⁸⁹ CJCE, 9 novembre 1995, Atlanta, aff. C-465/93, Rec. 1995 p. I-3781.

³⁹⁰ CJCE, 21 février 1991, Zuckerfabrik, § 26-27.

³⁹¹ « *les règles de procédure sont déterminées par les droit nationaux et que ces droits présentent des divergences quant aux conditions d'octroi du sursis, divergences qui sont susceptibles de compromettre l'application uniforme du droit communautaire* », idem, § 25.

³⁹² W. van Gerven a parfaitement résumé cette tension, voir Van GERVEN W., « Bridging the gap between community and national law: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies? », précité, & « Of right, remedies and procedures », CMLR, 2000 Vol. 37, pp. 501-536.

³⁹³ Comme le dit B. Le Baut Ferrarèse il n'y a pas trois stades, si distincts que cela, de l'évolution de l'autonomie institutionnelle et procédurale (apparition - encadrement - disparition) mais plutôt concomitance de ces trois, LE BAUT-FERRARESE B., *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, précité, pp. 27.

³⁹⁴ *Idem*, p. 524.

³⁹⁵ B. Le Baut Ferrarèse prend l'exemple de l'encadrement des procédures de recours dans le cadre de la passation des marchés publics, *idem*, pp. 739-770.

³⁹⁶ LOUIS J.-V., « L'autorité monétaire de la zone euro », précité, p. 289.

Zilioli et M. Selmayr font un constat similaire et rajoutent que depuis 10 ans le secteur financier s'est intégré et a ainsi pesé sur l'Eurosystème pour qu'à son tour il se concentre³⁹⁷. Ce mouvement a pris deux directions : limiter la marge de manœuvre des BCN (A) et confier les tâches au système dans sa globalité qui va ensuite les confier à certaines BCN (B).

A. *La réduction de l'autonomie des BCN*

Le réglementation de l'Eurosystème se fait de plus en plus stricte. Elle opère dans de nombreux domaines : politique monétaire, systèmes de paiement, mobilisation des garanties, etc. Deux directions complémentaires sont prises par le système : une plus grande harmonisation substantielle (1) et un plus grand encadrement procédural (2). Elles visent à faire disparaître les disparités entre les systèmes nationaux.

1) La marge de manœuvre limitée dans l'exécution normative

L'exemple typique de cette réduction de l'autonomie des BCN est l'harmonisation totale des règles relatives à l'éligibilité des garanties. Chaque opération de politique monétaire, évoquée au chapitre précédent, se fait contre des garanties, notamment des titres. Celles-ci ont vocation à assurer aux systèmes sa pérennité financière, les titres pouvant être mobilisés en cas de défaillance de la contrepartie. Il faut que le système s'assure de la qualité de ces titres pour minimiser les risques inhérents aux opérations de refinancement. Or, ils sont d'une nature diverse et varient selon les pays. A l'origine, l'Eurosystème s'est contenté d'une harmonisation partielle, venant poser des règles communes pour l'éligibilité des garanties. Devant le manque d'uniformité des systèmes nationaux, pénalisant pour les contreparties, une liste unique des garanties a été établie par le système.

Le système initial était, de l'aveu même de l'Eurosystème, contraint par les particularités des marchés nationaux³⁹⁸. Une harmonisation totale n'était pas possible et une marge de manœuvre était laissée à chaque BCN. Le système était alors organisé à deux niveaux³⁹⁹. Le premier niveau était harmonisé de manière totale puisqu'il y avait une liste unique des garanties acceptables par le système⁴⁰⁰. Au contraire, l'éligibilité des garanties de second

³⁹⁷ « In particular, the vast majority of monetary policy decisions have thus been carried out in this way via the national central banks. However, progressively the day-to-day operation of Monetary Union has been triggering further integration of the EU's financial sector. This in turn has started to require the ECB to focus more and more on two essential economic and political needs when developing the way in which the Eurosystem operates: the need for uniformity in monetary policy to strengthen the level-playing field of Europe's financial actors; and the need for efficiency, that requires the ECB, as an accountable public organization, to move away from national central bank traditions towards an efficient use of its financial and personnel resources in the Community interest », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, p. 60.

³⁹⁸ « L'harmonisation des critères d'éligibilité dans l'ensemble de la zone euro contribuerait incontestablement à assurer l'égalité de traitement et l'efficacité opérationnelle. Cependant, il convient également de prendre en compte les disparités de structures financières existant entre les États membres », Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), précité, pt. 6.1.

³⁹⁹ "two-tier-system of collateral" en anglais.

⁴⁰⁰ « le niveau 1 est constitué de titres de créance à caractère négociable qui satisfont à des critères d'éligibilité uniformes définis par la BCE pour l'ensemble de la zone euro » et « La BCE établit et met à jour une liste des actifs éligibles de niveau 1 », Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), précité, pt 6.1 et 6.2.

niveau était laissée à la libre détermination des BCN, selon un cadre harmonisé précisant les caractéristiques fondamentales qu'elles devaient respecter, sous le contrôle de la BCE⁴⁰¹. Pour C. Zilioli et M. Selmayr, un tel système « *permettait aux BCN de l'Eurosystème de maintenir (...) certaines préférences nationales pour les garanties en conformité avec les traditions des marchés financiers nationaux* »⁴⁰². Avec un tel système, les risques de dérives étaient grands. Le 10 mai 2004 et suite à une consultation qu'il a lancée le 11 juin 2003, le Conseil des gouverneurs a adopté un système révisé d'éligibilité des garanties⁴⁰³. Ce nouveau système est totalement harmonisé et repose sur une liste unique de garanties. Il a été précisé par une orientation du 31 août 2006 venant modifier celle relative aux instruments de politique monétaire⁴⁰⁴. Il est entré en vigueur au 1^{er} janvier 2007, l'ancien système ayant été progressivement supprimé jusqu'au 31 mai de la même année⁴⁰⁵. Afin d'établir cette liste, a été mis en place une disposition unique d'évaluation du crédit : l'ECAF⁴⁰⁶.

Un processus similaire a eu lieu dans le domaine des billets en Euro. L'étape de la production repose aujourd'hui sur une Orientation instaurant une procédure d'appel d'offre unique pour les billets en euro⁴⁰⁷. Une fois les billets produits, il faut vérifier la qualité et l'authenticité de ceux qui circulent. Le droit dérivé impose aux professionnels chargés de manipuler des billets de s'assurer de leur régularité⁴⁰⁸. Le système joue un rôle central en la matière, étant émetteur de ces billets⁴⁰⁹. Dans ce domaine, on a assisté à une harmonisation en trois étapes au cours desquelles des actes de plus en plus contraignants ont été adoptés.

⁴⁰¹ « *les banques centrales nationales peuvent considérer comme éligibles d'autres actifs, dits "actifs de niveau 2", qui revêtent une importance particulière pour leurs marchés de capitaux et leurs systèmes bancaires nationaux. Les critères d'éligibilité relatifs aux actifs de niveau 2 sont établis par les banques centrales nationales dans le respect des critères d'éligibilité minimaux définis ci-après. Les critères nationaux d'éligibilité spécifiques aux actifs de niveau 2 sont soumis à l'approbation de la BCE* », idem, p. 6.3.

⁴⁰² ZILIOLO C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, p. 62 : « *allowed national central banks of the Eurosystem to maintain (...) certain national preferences for collateral in line with the traditions of the national financial markets* ».

⁴⁰³ Voir le communiqué de presse de la BCE de la même date : « Révision du dispositif de garanties de l'Eurosystème : première étape vers l'adoption d'une Liste unique ».

⁴⁰⁴ Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2006 portant modification de l'orientation BCE/2000/7 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2006/12), JO L n° 352 du 13.12.2006, p. 1-90.

⁴⁰⁵ Idem, pt. 6.1.

⁴⁰⁶ « *Les critères d'éligibilité relatifs aux deux catégories d'actifs sont identiques pour toute la zone euro et sont présentés à la section 6.2 (42). Afin de garantir que les deux catégories d'actifs respectent les mêmes exigences en matière de qualité de signature, un dispositif d'évaluation du crédit de l'Eurosystème (Eurosystem credit assessment framework — ECAF) a été créé, qui se fonde sur différentes sources d'évaluation du crédit* », Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), pt. 6.1.

L'Eurosystème étant venu assouplir les conditions relatives aux garanties, les BCN ont récupéré marginalement certains pouvoirs de décision. Voir, par exemple, l'article 4 la décision de la BCE du 14 décembre 2011 relative à des mesures temporaires supplémentaires concernant les opérations de refinancement de l'Eurosystème et l'éligibilité des garanties (2011/870/UE)(BCE/2011/25), JO n° L 341 du 22.12.2011, pp. 65-66.

⁴⁰⁷ Ce processus s'accompagnant d'une spécialisation des BCN, il sera étudié au B.

⁴⁰⁸ Art. 6 du Règlement (CE) n° 1338/2001 du Conseil du 28 juin 2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage, précité.

⁴⁰⁹ « *L'une des tâches principales liées à l'accomplissement de cette mission consiste à veiller à l'intégrité et à la qualité des billets en euros en circulation et, par extension, à préserver la confiance du public dans les billets en euros* », BCE, *Recyclage des billets en Euros : cadre pour la détection des contrefaçons et le tri qualitatif des billets par les établissements de crédit et les autres professionnels appelés à manipuler des espèces*, 16 décembre 2004, p. 1.

A l'origine, les BCN exécutaient librement cette tâche, en fonction des particularités nationales. Le 18 avril 2002, le conseil des gouverneurs a adopté une "position commune" – acte innomé donc sans valeur juridique – relative à l'utilisation des caisses recyclantes et des automates de dépôt⁴¹⁰. Son texte posait les conditions minimales pour les spécificités de ces appareils et la qualité de ceux qui les opèrent. Chaque BCN était libre de la traduire dans son droit national. Cette souplesse a conduit à une « *mise en œuvre non uniforme de la position commune au niveau national* »⁴¹¹ imputable aux « *réalités nationales différentes en ce qui concerne le rôle des établissements de crédit dans les circuits de traitement des espèces* »⁴¹². Dans un deuxième temps, et pour y remédier, le Conseil des gouverneurs a adopté un « *cadre pour la détection des contrefaçons et le tri qualitatif des billets* »⁴¹³, remplaçant le cadre précédent. Il s'agit d'un acte innomé, publié sur le site internet de la BCE. Il ne respecte aucuns canons de la rédactions des actes de l'Union, pas d'articles ou de considérants. Cependant, en 2009, un règlement du Conseil est venu imposer aux établissements de crédits et aux autres professionnels qui manient les billets de vérifier leur authenticité et il précise que « *Pour les billets en euros, ce contrôle s'effectue conformément aux procédures définies par la BCE* »⁴¹⁴ avec une note de bas de page précisant « *Voir le cadre pour la détection des contrefaçons et le tri qualitatif des billets par les établissements de crédit et les autres professionnels appelés à manipuler des espèces, disponible sur le site internet de la BCE* ». Ainsi le Conseil impose à certains opérateurs privés de suivre des procédures définies dans un acte innomé et non publié au JO.

Reconnaissant les spécificités propres à chaque pays et ainsi le principe de décentralisation, ce cadre vise à une harmonisation souple permettant la mise en place d'exigences minimales et coordonnées en la matière⁴¹⁵. Il réitère l'obligation posée par le règlement du Conseil à destination des établissements de crédit et confie aux BCN le soin d'encadrer cette opération de vérification des billets et de contrôler auprès des établissements de crédit, notamment, son bon déroulement. Pour cela, en décembre 2005, la BCE a adopté un manuel des procédures⁴¹⁶. Le cadre était prévu pour entrer en application fin 2006. Cependant, certaines spécificités

⁴¹⁰ BCE, 18 avril 2002, Position commune de l'Eurosystème concernant l'utilisation des caisses recyclantes par les établissements de crédit ainsi que les autres établissements de la zone euro participant à titre professionnel au tri et à la délivrance au public des billets. Le texte précisait que : « *la forme d'une position commune ne revêtant aucun caractère contraignant* ».

⁴¹¹ BCE, *Recyclage des billets en Euros...*, précité, p. 1.

⁴¹² *Idem*, p. 2

⁴¹³ *Idem*, p. 1.

⁴¹⁴ Règlement (CE) n° 44/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 modifiant le règlement (CE) n° 1338/2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage, JO L n° 17 du 22.1.2009, p. 1-3, art. 1 §4 b).

⁴¹⁵ La BCE le reconnaît explicitement dans son rapport annuel 2004 lorsqu'elle évoque cet acte : « *Conformément au principe de décentralisation, le Conseil des gouverneurs n'a pas instauré un système entièrement harmonisé pour les services liés au traitement des espèces de la zone euro. Si une certaine harmonisation et une normalisation sous l'égide de la BCE s'imposent, les BCN sont responsables de leur mise en œuvre sur le plan national, compte tenu de l'environnement économique et des structures bancaires propres à chaque pays, du réseau de succursales de chaque BCN et de la part relative des paiements en espèces et/ou d'accords à long terme* », BCE, *Rapport Annuel 2004*, précité, p. 108.

⁴¹⁶ « *Afin de veiller à ce que la mise en œuvre du cadre se fasse uniformément dans l'ensemble de l'Eurosystème, le Conseil des gouverneurs a adopté un manuel de procédures en décembre 2005* », BCE, *Rapport Annuel 2005*, précité, p. 113.

nationales ont conduit le conseil à étendre cette période de trois, voire quatre, ans en décembre 2006⁴¹⁷. De même, les modalités juridiques d'application du cadre reflètent le principe de décentralisation et l'autonomie des BCN qui peuvent utiliser des actes réglementaires comme des dispositions contractuelles⁴¹⁸.

Dans un troisième temps, en septembre 2010, soit peu de temps après la fin de la période de transition vers ce cadre pour certains Etats, il a été remplacé par un instrument beaucoup plus formel et contraignant, une décision du conseil des gouverneurs⁴¹⁹. D'après son article 1, cette dernière « fixe les règles et procédures communes relatives à la vérification de l'authenticité et de la qualité ainsi qu'à la remise en circulation des billets en euros ». Formellement, elle n'appelle pas de mesures de mise en œuvre par les BCN et elle s'adresse directement aux « professionnels appelés à manipuler des espèces »⁴²⁰ auxquels elle impose de nombreuses obligations⁴²¹. Les BCN gardent une marge de manœuvre réduite, l'article 7 de la décision leur permettant d'autoriser, dans des cas limités, des exceptions aux procédures prévues. L'article 10 prévoit la possibilité pour les BCN d'effectuer des opérations concrètes de vérification directement chez les professionnels. En effet, sans des procédures de contrôle adéquates, une harmonisation, aussi totale soit elle, perd en effectivité. Ainsi, le processus d'harmonisation de fond s'accompagne souvent d'une harmonisation procédurale.

2) La marge de manœuvre limitée dans l'exécution administrative

L'archétype de procédure harmonisée par l'Eurosystème est le MBCC, modèle de Banque centrale correspondante⁴²². Il concerne aussi les garanties utilisées en échange des opérations de politique monétaire. Lors des opérations de politique monétaire, les contreparties transfèrent la propriété des garanties à la BCN avec laquelle elles contractent. Lorsque le titre

⁴¹⁷ « Eu égard aux différences importantes qui caractérisent les infrastructures nationales de traitement des espèces, le Conseil des gouverneurs a pris la décision en décembre 2006 de prolonger la période transitoire fixée à un an dans un certain nombre de pays de la zone euro. La période transitoire sera ainsi prolongée de deux ans en France, où elle se clôturera à la fin de 2009, et de trois ans en Grèce, en Espagne, en Irlande, en Italie et au Portugal, où elle s'achèvera à la fin de 2010 », BCE, Rapport Annuel 2006, précité, p. 120.

Voir : BCE, Extension de la période de transition prévue par le Cadre défini par la BCE pour le recyclage des billets pour six pays de la zone euro, Décembre 2006, www.ecb.int.

⁴¹⁸ Les mots utilisés par la BCE sont à cet égard particulièrement éclairants : « Compte tenu des **différences existant au niveau national** (notamment en ce qui concerne les environnements économique et juridique, la structure bancaire et le rôle de la BCN dans le traitement des espèces), **les BCN ont suivi diverses approches pour la mise en œuvre de ce cadre**. Si, dans un petit nombre de pays, celle-ci s'est faite au moyen d'un acte juridique (complété par des contrats à conclure avec la BCN concernée), dans d'autres pays, les BCN ont édicté des instructions obligatoires (certaines n'étant contraignantes que pour les établissements de crédit) ou ont conclu des accords contractuels bilatéraux (aux termes desquels les établissements de crédit s'engagent à adhérer aux règles fixées par le cadre et à les inclure dans les contrats qu'elles concluent avec leurs fournisseurs de services) », BCE, Rapport Annuel 2007, précité, pp. 125-126, nous soulignons.

⁴¹⁹ Décision de la Banque centrale européenne du 16 septembre 2010 relative à la vérification de l'authenticité et de la qualité ainsi qu'à la remise en circulation des billets en euros (BCE/2010/14), JO L n° 267 du 9.10.2010, pp. 1-20.

⁴²⁰ *Idem*, art. 1.

⁴²¹ Voir *idem*, les articles 3 à 6 notamment.

⁴²² (CCBM pour "correspondent central banking model" en anglais).

est situé dans un autre État membre, le transfert ne pouvait pas se faire de manière sécurisée, du fait d'un manque d'harmonisation et de la complexité technique de l'opération⁴²³.

Pour garantir la sécurité des opérations, l'Eurosystème a mis en place le MBCC – de manière provisoire – pour permettre à la Banque centrale du pays où est situé le titre de conserver celui-ci pour le compte de la Banque centrale qui a contracté avec la contrepartie⁴²⁴. Le MBCC a pour base juridique des accords bilatéraux conclus entre les différentes BCN. C'est l'illustration parfaite des conséquences de la décentralisation de la politique monétaire et du lien privilégié entre une banque centrale nationale et les contreparties qui contractent avec elle. Il illustre l'obligation pour le système d'uniformiser les procédures au sein des banques centrales afin de leur permettre de travailler ensemble. Ainsi, chaque BCN doit tenir un compte titre au nom de ses « homologues »⁴²⁵. Ce système provisoire perdure depuis dix ans.

Deux procédures différentes sont prévues, la procédure principale pour les actifs négociables et une procédure pour les actifs non-négociables. Seule la première sera examinée ici. Elle passe par six étapes⁴²⁶. La procédure commence lorsqu'une contrepartie informe la Banque centrale qui tient son compte de réserves obligatoires – la BCN du pays d'origine – qu'elle souhaite utiliser une garantie de manière transfrontière pour une opération de politique monétaire. Cette BCN informe alors la Banque centrale correspondante, celle du pays où est détenue la garantie. Celle-ci doit alors, selon ses propres procédures internes conformément à son autonomie procédurale, prendre les mesures nécessaires pour que la garantie lui soit transmise⁴²⁷. Elle doit s'assurer ensuite d'avoir effectivement reçue la garantie. Elle en informe alors la BCN du pays d'origine, qui peut alors transférer les fonds à la contrepartie. Le conseil des gouverneurs a décidé, en janvier 2004⁴²⁸, que les procédures internes à la BCN correspondante et à celle du pays d'origine ne devaient pas excéder trente minutes. L'autonomie des BCN se trouve encore réduite par cette exigence de rapidité. Ainsi, la procédure prend, en moyenne, à peine plus d'une heure⁴²⁹.

Le MBCC fait aujourd'hui l'objet d'une réforme. La logique de celle-ci est similaire à celle ayant mené de la première à la deuxième version TARGET. Elle illustre parfaitement le mouvement de réduction de l'autonomie des BCN. TARGET n'était pas harmonisé mais reposait sur les systèmes RTGS de chacune des BCN. Ceux-ci étaient simplement reliés entre

⁴²³ Voir, KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 259.

⁴²⁴ « *its main purpose is to ensure that all assets eligible for use in monetary policy operations or to obtain liquidity in TARGET2 are made available to all its counterparties, regardless of where the assets or the counterparty are situated* », ECB, *Correspondant Central Banking Model (CCBM) – January 2011*, ECB, Frankfurt am Main, 2011, 19 p., ici p. 4.

⁴²⁵ C'est le terme utilisé par l'Eurosystème, Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), pt. 6.6.1.

⁴²⁶ Pour une description détaillée de cette procédure, voir Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), pt. 6.6.1 ; ECB, *Correspondant Central Banking Model (CCBM) – January 2011*, ECB, Frankfurt am Main, 2011, 19 p., ici p. 6-8 et KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, pp. 262-263.

⁴²⁷ La conservation des garanties est souvent le fait d'un service spécialisé des BCN, voire externalisée.

⁴²⁸ Voir, ECB, *Correspondant Central Banking Model (CCBM) – January 2011*, précité, p. 7.

⁴²⁹ Idem, p. 8.

eux. Chaque BCN pouvait ainsi gérer de manière autonome son système, fondé sur les spécificités de son marché monétaire. Au contraire, TARGET 2 repose sur une harmonisation des systèmes RTGS nationaux fondés dorénavant sur une orientation et sur une plateforme unique sur laquelle transitent les paiements, la PPU.

Ce nouveau système impose une harmonisation substantielle et procédurale. L'harmonisation substantielle est symbolisée par l'orientation relative à TARGET 2. Celle-ci précise, dès son second considérant que : « *le conseil des gouverneurs a décidé que les règles des systèmes composants de TARGET 2 seront harmonisées dans toute la mesure du possible, en admettant certaines dérogations dues aux contraintes juridiques nationales* »⁴³⁰. Les BCN doivent adopter les mesures la transposant et toute dérogation doit recevoir l'approbation du conseil des gouverneurs⁴³¹. Cette exigence est assez inédite et rend plus stricte le cadre posé par l'Orientation⁴³².

Le MBCC 2 repose sur la même volonté de mettre en place une plateforme commune pour les opérations⁴³³. Ce nouveau modèle va aussi mettre en place des procédures pour la mobilisation des garanties transfrontières mais aussi domestiques, venant alors limiter l'autonomie procédurale des BCN dans des opérations pourtant limitées à leur Etat⁴³⁴. Le point commun du système TARGET 2 et du CCBM 2 est de reposer sur une plateforme unique dont l'élaboration a été le fruit uniquement de certaines banques centrales, faisant alors tendre l'Eurosystem vers une spécialisation, discutée jusqu'à son principe par certains.

⁴³⁰ Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité.

⁴³¹ Idem, art. 6 §1 et §4. Le texte de ce dernier paragraphe est particulièrement intéressant : « *Les BC de l'Eurosystem peuvent solliciter des dérogations aux conditions harmonisées sur la base des contraintes imposées par leur loi nationale. Le conseil des gouverneurs examine ces demandes cas par cas et accorde s'il y a lieu des dérogations* ».

⁴³² « *In addition, to ensure the maximum legal harmonisation of the rules applicable to TARGET2 participants in all jurisdictions concerned, the Guideline includes harmonised conditions for participation in TARGET2. These conditions have been drafted in a way that allows the Eurosystem NCBs to implement them in an identical manner, with certain derogations only in the event that national laws require other arrangements. Moreover, the harmonised conditions already contain alternatives which enable NCBs to customise their implementation in line with the requirements of national law* » BCE, TARGET Annual Report 2010, précité, p. 35. Voir aussi BCE, *Les dix ans de TARGET et le lancement de TARGET 2*, Bulletin Mensuel Novembre 2008, p. 99-108 et plus spécialement p. 102.

⁴³³ « *CCBM2 will provide Eurosystem NCBs with a single IT platform for the management of any assets eligible for use in Eurosystem credit operations. It will be built and operated on behalf of the Eurosystem by the Nationale Bank van België/Banque Nationale de Belgique and De Nederlandsche Bank.* », KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 264. Sur ce thème voir aussi, LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 161-162.

⁴³⁴ « *The scope of CCBM2 goes beyond that of the CCBM, as it aims to establish efficient procedures for the mobilisation and management of collateral for both domestic and cross-border use* », ibidem.

B. Vers une Spécialisation des BCN ?

La spécialisation est une problématique propre à l'Eurosystème. La compétence monétaire ayant été confiée de manière exclusive à l'Union, et à l'Eurosystème, et la décentralisation n'étant qu'une possibilité puisque « *la BCE dispose à l'égard du choix entre centralisation et décentralisation d'un pouvoir discrétionnaire* »⁴³⁵, le système peut librement décider de répartir les tâches selon un autre critère que le critère géographique. Comme le rappelle E. de Lhoneux, les BCN sont déjà spécialisées géographiquement⁴³⁶. Il est alors possible de changer ce critère et d'assigner à chaque BCN une part de chaque fonction selon un critère matériel (1). Le mouvement ne s'est cependant pas arrêté là et dans certains domaines, toutes les BCN ne se sont pas vu attribuer de mission, posant avec acuité la question de leur égalité (2).

1) Une spécialisation égalitaire

Le mouvement vers une spécialisation des Banques centrales nationales est parfaitement illustré par les billets. Dès l'origine, seules les BCN produisaient des billets alors que l'émission était confiée à l'ensemble des Banques du système. Trois étapes successives montrent le mouvement de spécialisation. A l'origine, spécialisées géographiquement, les BCN étaient chargées de la production de tous les types billets sur le territoire leur Etat. Elles ont ensuite été responsables d'uniquement certains d'entre eux. Aujourd'hui, la logique systémique se renforce car ce sera à présent au système de les produire.

L'introduction de la monnaie fiduciaire était une « *tâche herculéenne* »⁴³⁷ que les BCN ont eu à relever. Pour une organisation efficace de cette tâche, elles étaient seules responsables de la production des billets pour leur Etat. Il a fallu imprimer 15 milliards de billets pour une valeur totale de 663 milliards d'Euros⁴³⁸. Pour ce faire, le système a décidé de s'appuyer sur les connaissances propres à chaque BCN et de leur confier ainsi la tâche d'imprimer tous les types de billets pour leur Etat⁴³⁹.

Cependant, dès avril 2001, un autre système était mis en place, celui du « *scénario de pooling décentralisé* » où « *chaque BCN de la zone euro est en charge de la fourniture d'une partie seulement de la production totale de billets pour un petit nombre de coupures* »⁴⁴⁰. Une telle répartition est justifiée par des questions d'efficacité et permet au système de réaliser de

⁴³⁵ LOUIS J.-V., « L'autorité monétaire de la zone euro », précité, p. 284. Sur ce choix, voir *infra* fin de ce chapitre.

⁴³⁶ « *Each NCB is territorially specialised; it acts in its country. Contrary to the US, the Eurosystem has as many jurisdictions as euro area Member States* » de LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 458.

⁴³⁷ « *Herculean task* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, p. 68.

⁴³⁸ BCE, *Rapport Annuel 2001*, précité, p. 129.

⁴³⁹ « *the ECB decided in 1998 to build on the experience and the production capacities of the national central banks and therefore to delegate, in accordance with article 9.2 of the Statute, the task of printing euro banknotes to the national central banks of the Eurosystem* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, p. 68 (voir pp. 67-71 sur la spécialisation en matière d'émission des billets). Les auteurs rajoutent en note que « *This decision is reflected in Guidelines of the ECB, in view of their sensitive nature, are not public* ».

⁴⁴⁰ BCE, *Rapport Annuel 2002*, précité, p. 143.

substantielles économies⁴⁴¹. La répartition n'est pas officielle et change tous les ans⁴⁴². L'étude de la répartition effective montre certaines tendances, mais pas réellement une spécialisation définitive des BCN⁴⁴³. Ainsi, la Banque de France a produit plus fréquemment des petites coupures (elle n'en a pas imprimé de plus de 20 Euros depuis 2002), de même pour le Portugal, alors que la Bundesbank imprime quasiment tous les types de billets sauf ceux de 5 Euros, que la Banque d'Italie est spécialiste des billets de 100€, etc. Une telle spécialisation ne pose pas de problèmes juridiques. En réalité, il s'agit d'une répartition effective des tâches plus que d'une spécialisation, même si on constate des tendances dans ce sens. La production des billets dans la zone euro n'est ainsi plus organisée en zone géographique mais par spécificité. Chaque BCN est responsable d'une tâche précise. La production relevait alors du système dans sa globalité car seule l'action concertée des toutes les BCN permettait la production des tous les billets en euro.

Un nouveau système pour la production des billets entre en vigueur. Il est radicalement différent. Il ambitionne de mettre en place une procédure unique pour l'approvisionnement des billets en Euro⁴⁴⁴. Ainsi, les BCN pourront soit décider d'imprimer en interne la quantité de billets qu'elles doivent émettre mais elles empêcheront leur imprimerie de participer aux appels d'offre, soit décider de participer et alors elles devront aussi soumettre à l'appel d'offre les billets dont elles ont l'émission à leur charge. Une fois ce choix fait l'Orientation prévoit, implicitement, un regroupement des montants à émettre puisque les appels d'offre ne se feront pas par BCN, mais par type de coupure. L'article 10 prévoit que chaque dénomination de billet fera l'objet d'une procédure distincte⁴⁴⁵. L'article 11 décrit la procédure unique mais a

⁴⁴¹ « Ce système de pooling contribue à garantir l'homogénéité de la qualité des billets en réduisant le nombre de sites de production pour chaque coupure, et il permet à l'Eurosystème de profiter d'économies d'échelle », *ibidem*.

⁴⁴² Chaque rapport annuel contient un tableau indiquant quel type de billets ont été produits par quelle BCN.

⁴⁴³ On constate ainsi, entre 2002 et 2010, que :

- les billets de 5€ ont été produits : 9 années par la Banque centrale de France, 4 années par celles d'Espagne et du Portugal, deux années par celles d'Autriche et des Pays-Bas, deux années par celle d'Allemagne et une par celle d'Irlande et de Finlande ;
- les billets de 10€ ont été produits : 10 années par les Banques centrales de Grèce et d'Allemagne, 7 par celle d'Autriche, 6 par celles de France et d'Irlande, 2 par celles des Pays Bas et une par celle d'Italie,
- les billets de 20€ ont été produits : 9 années par la Banque centrale de France, 7 par celles d'Espagne et de Finlande, 6 par celle des Pays-Bas, 5 par celle d'Italie, 4 par celles d'Allemagne et du Portugal, 3 par celles d'Irlande et du Luxembourg, 3 par celle de Slovénie, 2 fois par celles de Grèce, du Portugal de Malte et de Chypre et une fois par celle de Slovaquie ;
- les billets de 50€ ont été produits : 10 années par les Banques centrales de Belgique et d'Espagne, 8 années par la Banque d'Italie, 7 par celles d'Allemagne et des Pays-Bas ;
- les billets de 100€ ont été produits : 7 années par la Banque centrale d'Italie et deux par celles d'Allemagne, d'Autriche, du Luxembourg et de Finlande ;
- les billets de 200€ n'ont été produits qu'une seule fois par celle d'Allemagne ;
- les billets de 500€ ont été produits : 4 années par la Banque centrale d'Allemagne, 2 par celle du Luxembourg et une par celle d'Autriche.

Le recensement a été fait à partir des données contenues dans les rapports mensuels. Les années ne sont pas toutes consécutives et sur une année, plusieurs Banques centrales peuvent se voir confier la tâche d'imprimer les mêmes billets.

⁴⁴⁴ Orientation de la BCE du 16 septembre 2004 relative à l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2004/18), précité.

⁴⁴⁵ « La quantité requise de chaque dénomination de billets en euros fait l'objet d'une procédure unique d'appel d'offres de l'Eurosystème distincte », orientation de la BCE du 16 septembre 2004 relative à

comme titre « *Procédure restreinte* », laissant penser qu'il existe une autre procédure. En réalité, il n'y en a qu'une. Elle est appelée « restreinte » car seules certaines imprimeries peuvent y participer⁴⁴⁶. Un comité est constitué par l'Eurosystème. Il est chargé d'étudier les soumissions et de désigner l'imprimerie sélectionnée. La BCN en charge de l'émission, ou la BCE agissant pour son compte, devra alors passer un accord de fourniture avec celle-ci⁴⁴⁷.

Ainsi, un tel système conduit à une spécialisation inégalitaire car la production des billets sera répartie en fonction du type de coupure. Or, il existe sept types de coupures et plus du double de BCN. Toutes ne pourront pas alors participer⁴⁴⁸. Le mécanisme prévu par l'Orientation est unique et garantit, en apparence, l'égalité entre les BCN et les imprimeries, mais peut conduire à une spécialisation inégalitaire entre les BCN. On comprend alors mieux que ce système, décidé en 2004, ne soit toujours pas encore en vigueur⁴⁴⁹.

L'orientation initiale prévoyait le passage à la procédure unique au 1^{er} janvier 2012⁴⁵⁰. Elle a été modifiée en 2008 et cette date a été repoussée au 1^{er} janvier 2014, « *à moins que le conseil des gouverneurs ne décide de modifier cette date* »⁴⁵¹. Le passage sera préparée par une période transitoire qui commencera lorsque la moitié des BCN auront décidé de participer et que la moitié du besoin d'émission annuel sera soumis à la procédure unique⁴⁵². Il faut comprendre que le passage à cette nouvelle procédure est soumis au bon vouloir des BCN qui peuvent décider de ne pas participer et/ou de repousser la date fatidique grâce à leur majorité au conseil des gouverneurs. Ceci montre la résistance des BCN au phénomène de spécialisation, ce qui ne l'a pas empêché de se poursuivre.

2) Une spécialisation inégalitaire

La question de la spécialisation inégalitaire est propre à l'Eurosystème. Un tel système exige la réunion de deux conditions : il faut que l'Union dispose d'une compétence exclusive dans une matière et que celle-ci soit régie non par le principe d'administration indirecte mais celui d'administration directe. Ainsi, l'échelon communautaire pourra déléguer la compétence d'exécution, qui lui appartient, uniquement à certains Etats. Une fois ces conditions réunies, il

2

l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2004/18), précité, art. 10. On peut regretter la rédaction assez confuse de cette disposition, voire de l'orientation dans sa globalité.

⁴⁴⁶ Idem, art. 1. Il faut entendre par procédure restreinte : « *la procédure d'appel d'offres dans le cadre de laquelle seules les imprimeries remplissant les critères d'éligibilité définis dans la présente orientation peuvent présenter une offre* ».

⁴⁴⁷ Idem, art. 16 §1.

⁴⁴⁸ « *As the number of these printing works is very likely to be inferior to the number of Eurosystem central banks participating in the single Eurosystem tender procedure and as it seems unlikely that all these central banks will conclude supply agreements as designated contracting authorities with each selected printing works, the ECB's Governing Council may take a decision in favour of specialization in this respect and/or may choose to make the ECB itself the contracting partner.* », ZILIOI C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, p. 71.

⁴⁴⁹ En 2011, la production était toujours organisée selon le scénario du « pooling décentralisé », voir BCE, *Rapport annuel 2011*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2012, 254 p., voir p. 109.

⁴⁵⁰ Orientation de la BCE du 16 septembre 2004 relative à l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2004/18), précité, considérant 4.

⁴⁵¹ Art. 1 §1 de l'orientation de la BCE du 18 mars 2011 modifiant l'orientation BCE/2004/18 relative à l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2011/3) JO n° L 86 du 1.4.2011, p. 77.

⁴⁵² Idem, art. 1 §2.

importe aussi de savoir si elle est valide, si le droit de l'Union – notamment la Charte des droits fondamentaux et la jurisprudence de la Cour – permet ainsi de différencier selon les BCN. Depuis le traité de Lisbonne, l'égalité entre les États membres est protégée par l'article 4 paragraphe 2 du TFUE selon lequel : « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités* ». Le paragraphe 3 de cet article est relatif à la coopération loyale. Ce principe, inhérent à la structure de l'Union, s'étend naturellement aux BCN. Le deuxième paragraphe pourrait alors aussi s'appliquer et interdire toute spécialisation inégalitaire des BCN. La doctrine spécialisée sur l'Eurosystème s'est prononcée sur la question. Pour F.J. Priego et F. Conlledo, une telle opération n'est pas en accord avec les Statuts qui ne prévoient pas une telle possibilité, d'autant que, selon eux, « *toutes les BCN ont, comme membre du système (Article 1.2 des Statuts), une position juridique identique* »⁴⁵³. Ils basent cette impossibilité sur une recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe⁴⁵⁴. Un tel argument est intéressant mais l'Union n'est pas partie au Conseil de l'Europe et il est certainement possible de trouver des arguments propres au droit européen où le principe de non-discrimination est largement consacré. E. de Lhoneux arrive à une conclusion similaire mais plus mitigée. Pour lui, le traité comme les Statuts interdisent toute spécialisation contrainte imposée par les organes de direction du système⁴⁵⁵. Celle-ci peut en revanche être volontaire et acceptée par tous⁴⁵⁶. C. Zilioli et M. Selmayr sont d'une opinion opposée. Pour eux, l'article 9 paragraphe 2 des Statuts évoque l'exécution « *par les banques centrales nationales* » et non « *par toutes les banques centrales nationales* »⁴⁵⁷. Les Statuts n'imposent nulle part la décentralisation auprès de toutes les BCN⁴⁵⁸. Il permet alors à la BCE une spécialisation inégalitaire⁴⁵⁹.

⁴⁵³ « *From a legal perspective, the first difficulty we face when considering selective decentralisation is that the Statute does not contain any clause enabling discrimination among NCBs. All the NCBs enjoy, as members of the System (Article 1.2 of the Statute), an identical legal position* », PRIEGO F.-J. & CONLLEDO F., « The role of the decentralisation principle in the legal construction of the European System of Central Banks », précité, p. 197.

⁴⁵⁴ Recommandation n° R (80) 2 du Comité des Ministres concernant l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'administration.

⁴⁵⁵ « *The Statute does not foresee a specialisation regime for NCBs inside the Eurosystem. It can even be argued that a mandatory specialisation of NCBs is not in line with the Treaty. All NCBs have to be treated equally inside the system; it means that the ECB decision-making bodies could not impose different tasks on specific national central banks* », de LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 458.

⁴⁵⁶ « *Nevertheless, the possibility exists to organise, in respect of the principle of non-discrimination and on a voluntary basis, different levels of execution for different tasks by different central banks. NCBs may agree among themselves to cooperate or to mandate one of them for providing services. The Eurosystem may also entrust certain tasks to specific central banks but only if there is a general agreement.* », *idem*, p. 459.

⁴⁵⁷ « *The wording of Article 9.2 of the Statute is open to such 'selective decentralization' or specialization, as it says that indirect implementation shall take place 'through the national central banks', and not 'through all national central banks'. The Statute also nowhere reserves a certain field of implementing competences to every single national central bank* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., « Recent developments in the Law of the European Central Bank », précité, p. 64-65.

⁴⁵⁸ « *but neither the EC Treaty nor the Statute require the ECB to always make use of each and every national central bank for this purpose* », *idem*, p. 65.

⁴⁵⁹ « *Legally, the ECB may therefore use its discretion under Article 9.2 of the Statute to also opt for specialization in the implementation of Eurosystem tasks and thus entrust the carrying out of certain implementation functions only to selected national central banks in the interests of efficiency* », *idem*, p. 65-66.

La légalité d'une telle spécialisation au regard du droit primaire n'est pas à remettre en cause. Cependant, le TUE tel qu'il résulte du traité de Maastricht pose, à son article 4 §2, le principe selon lequel : « *L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale* ». Un tel principe ne saurait prohiber la spécialisation. Tout d'abord, en vertu du principe d'indépendance, les BCN ne sont pas totalement assimilables à l'Etat. Mais surtout, la compétence monétaire est une compétence exclusive dont la mise en œuvre est fondée sur une présomption de décentralisation, rien de plus. Il est alors loisible à l'Eurosystème de décider des modalités concrètes de cette mise en œuvre, qui n'appartient plus – par défaut – aux BCN.

Ensuite, le degré de décentralisation est décidé par le conseil des gouverneurs où les BCN sont majoritaires. Enfin, la spécialisation favorise l'efficacité et l'uniformité de la mise en œuvre du droit de l'Union. Ce sont des conditions auxquelles la Cour est très attachée. Ce processus étant fondé sur la recherche d'une meilleure application du droit de l'Union, tout porte à croire qu'il serait validé par la Cour de justice.

L'exemple le plus utilisé de spécialisation inégalitaire est celui de l'élaboration et de la gestion de la PPU (plateforme partagée unique) du système TARGET 2. Sa structure est à deux étages : chaque banque centrale, y compris la BCE, possède son propre système⁴⁶⁰ qui sont tous reliés entre eux par une PPU. Le principe de base de fonctionnement du système reste la décentralisation. Mais pour une plus grande efficacité⁴⁶¹, il a été décidé de coupler cette décentralisation avec une plus grande harmonisation juridique⁴⁶² et « *une infrastructure technique unique* »⁴⁶³. Ces modalités pratiques se traduisent dans les conditions avec lesquelles ce système est administré. Ainsi, d'après l'article 5 paragraphe 1 de l'Orientation TARGET 2⁴⁶⁴ : « *la gestion de TARGET2 est fondée sur une formule de gouvernance à trois niveaux* ». En premier lieu, « *Le conseil des gouverneurs est chargé de la direction, de la gestion et du contrôle de TARGET2* »⁴⁶⁵.

Ensuite, toutes les BCN sont chargées de missions dites de niveau 2. Enfin, les BCN dites « *prestataires de la PPU* »⁴⁶⁶ – la Bundesbank, la Banca di Italia et la Banque de France – exercent les missions de niveau 3. Il n'est pas nécessaire ici de détailler toutes ces missions. Leur présence même révèle la spécialisation inégalitaire car les missions de niveau 3 ne concernent pas que les trois BCN prestataires mais l'ensemble de l'Eurosystème. Pourtant, la prise de décision est laissée à seulement trois participants. D'après l'annexe I de l'Orientation

⁴⁶⁰ « *Chaque BC de l'Eurosystème exploite son propre système composant de TARGET2* », art. 3 §1 de l'Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité.

⁴⁶¹ Sur l'efficacité du système TARGET 2 voir *supra*, §2 de la Section 2 du Chapitre 1 du Titre 2 de la Première partie.

⁴⁶² *Supra*, A de ce paragraphe.

⁴⁶³ « *a single technical infrastructure* », KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, p. 248.

⁴⁶⁴ Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité.

⁴⁶⁵ *Idem*, art. 2.

⁴⁶⁶ Définies à l'article 2 de l'Orientation comme : « *la Deutsche Bundesbank, la Banque de France et la Banca d'Italia en leur qualité de BCN ayant mis en place et exploitant la PPU au profit de l'Eurosystème* ».

TARGET 2, ces missions recouvrent la « *gestion quotidienne de la plate-forme partagée unique* ». Cette spécialisation inégalitaire n'est cependant pas autoritaire. L'article 5 paragraphe 6 de ladite Orientation précise que « *Les BC prestataires de la PPU concluent avec les BC de l'Eurosystème un accord régissant les services que doivent fournir les premières aux secondes* ». La voie de l'accord est originale car elle impose le consentement unanime des BCN là où les modalités de vote au conseil des gouverneurs reposent sur la majorité.

Cette spécialisation inégalitaire se retrouve dans d'autres domaines. La logique est poussée beaucoup plus loin par le système TARGET 2 Titres (dit T2S)⁴⁶⁷. Fondé lui aussi sur une Orientation⁴⁶⁸, le système repose sur une décentralisation moins poussée. En effet, il s'agit d'« *une plateforme technique unique intégrée dans les systèmes de règlement brut en temps réel de banque centrale* »⁴⁶⁹. La gouvernance de ce système repose sur trois niveaux. Les deux premiers sont centralisés : le conseil des gouverneurs et le comité pour le programme TARGET 2-Titres⁴⁷⁰. Ce comité révèle un degré spécifique de centralisation-spécialisation. Il a « *pour mission d'élaborer des propositions destinées au conseil des gouverneurs concernant des questions stratégiques essentielles et de remplir des missions de nature strictement technique relatives à T2S* »⁴⁷¹. Les missions d'exécution des BCN lui sont, en quelque sorte déléguées⁴⁷². Ce comité est composé uniquement de huit membres, bien moins d'un par BCN. Les membres sont nommés par le conseil des gouverneurs, sur proposition du directoire qui lui-même reçoit des propositions de la part des gouverneurs des BCN⁴⁷³. Ainsi la nomination est quasiment dénationalisée par le filtre des candidatures opéré par le directoire. Enfin, la Banque de France, la Bundesbank, la Banca d'Italia et le Banco di Espana jouent un rôle crucial dans le fonctionnement de T2S. D'après l'article 6 de l'Orientation, c'est elles qui « *réalisent et gèrent T2S* »⁴⁷⁴. Ainsi, dans les trois niveaux de gouvernance de T2S, aucun ne fait appel à toutes les BCN alors que le système les concerne toutes. La signature d'un accord

⁴⁶⁷ Pour un aperçu du fonctionnement de ce système, voir KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, pp. 265-270.

⁴⁶⁸ Orientation de la BCE du 18 juillet 2012 relative à TARGET2-Titres (BCE/2012/13), précité.

⁴⁶⁹ *Idem*, art. 1 §1.

⁴⁷⁰ Mise en place par la décision de la BCE du 19 mars 2009 relative à l'établissement du comité pour le programme TARGET2-Titres (TARGET2-Securities Programme Board) (2009/338/CE) (BCE/2009/6), JO L n°102 du 22.4.2009, pp. 13-39.

⁴⁷¹ *Idem*, art. 1.

⁴⁷² Le considérant 4 de la décision précité est riche en ambiguïtés à ce propos : « *Conformément au principe de décentralisation énoncé à l'article 12.1 des statuts du SEBC, dans la mesure jugée possible et adéquate, les BCN exécutent les opérations faisant partie des missions de l'Eurosystème. Les banques centrales de l'Eurosystème confieront par conséquent au comité pour le programme T2S certaines missions d'exécution de telle sorte qu'il puisse être pleinement opérationnel et agir pour le compte de l'ensemble de l'Eurosystème. Le comité des systèmes de paiement et de règlement (PSSC) conservera son rôle consultatif auprès des organes de décision de la BCE* » (nous soulignons). Même si la décentralisation est un principe, son degré est fixé par le conseil des gouverneurs. Ce ne sont pas les BCN qui confient des missions d'exécution au comité, mais le conseil des gouverneurs qui décide de ne pas les déléguer aux BCN mais à un organe *ad hoc*.

⁴⁷³ La décision est confuse sur ce point. Son article 1 §3 précise que « *Les noms et les curriculum vitae des candidats qu'il y a lieu de considérer en vue d'une nomination comme membre du comité pour le programme T2S sont adressés au directoire par les membres du conseil des gouverneurs* ». Son annexe I, uniquement en anglais, dispose que « *The Governing Council will appoint the members of the T2S Programme Board upon the proposal of the Executive Board of the ECB* ».

⁴⁷⁴ Art. 6 §1 de l'orientation de la BCE du 21 avril 2010 relative à TARGET2-Titres (BCE/2010/2), précité.

de gouvernance est prévu entre les niveaux 2 et 3 (comité et les quatre BCN). L'unanimité des BCN n'est plus prévue. Il « *est soumis pour approbation au conseil des gouverneurs, puis signé par l'Eurosystème et les quatre banques centrales* »⁴⁷⁵. Cette disposition est étrange dans sa rédaction, l'Eurosystème n'a pas la personnalité juridique, comment pourrait-il alors signer un accord ?

Les systèmes TARGET 2 et TARGET 2-Titres font intervenir quasiment les mêmes banques centrales, appartenant aux grands États. Celles des petits États ne sont pas délaissées. Certaines d'entre elles se sont spécialisées dans d'autres domaines. La mise en place du MBCC 2 est aussi basée sur une infrastructure unique. Celle-ci est élaborée par la Banque nationale de Belgique et la De Nederlandsche Bank⁴⁷⁶. De même, J.-V. Louis rappelle que ces BCN, accompagnées de celle du Luxembourg, ont « *signé un contrat, le 16 mars 2007, avec la Banque centrale de Finlande qui concerne une plate-forme unique pour le traitement des espèces (billets et pièces)* »⁴⁷⁷.

La spécialisation peut engendrer une concurrence entre les BCN. Il est clair que chacune d'entre elle cherche à se renforcer au sein du système. Leur résistance face à la procédure unique de production des billets le confirme. Mais surtout, la spécialisation est l'expression de la nature systémique de l'Eurosystème. Elle confirme que le tout n'est pas les parties. Les tâches pour l'ensemble du système peuvent être effectuées seulement par certains d'entre elles mais sans desservir les besoins du système dans son ensemble. La spécialisation participe au besoin d'assurer l'unité de la politique monétaire tout en évitant une concentration des pouvoirs aux mains de la BCE, qui domine déjà le système.

Section 2 - La supervision du système par la BCE

Le chapitre précédent a démontré la place capitale que joue la BCE dans l'organisation du système. Celle-ci est complémentaire de la « *supervision administrative* »⁴⁷⁸ du système par la BCE. La notion, telle que forgée par le Professeur Rowe, recouvre « *le contrôle ou la supervision d'un objet spécifique, par rapport à l'action des administrations nationales (des éléments et aspects de celles-ci ou des actions qu'elles intentent) dans le but de garantir la réalisation des tâches administratives que leur confie le droit* »⁴⁷⁹. Elle doit clairement être distinguée de la structure dans laquelle elle intervient, qui est déterminée en amont et qui est

⁴⁷⁵ Idem, art. 20 §2.

⁴⁷⁶ Voir KOKKOLA T. (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, précité, pp. 265-270.

⁴⁷⁷ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 146-147 (ici p. 146).

⁴⁷⁸ La formule est empruntée au Professeur Rowe, voir ROWE G. C., « Administrative supervision of administrative action in the European Union » in HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 179-217.

⁴⁷⁹ « *the control or monitoring of a particular object, viz. the administration of the Member States (or elements and aspects of, or action taken by it) with the aim of securing the fulfilment of their legally laid down tasks* », idem, p. 189.

posée par le droit dérivé. La supervision vise l'action administrative, qui peut passer par des actes de portée générale⁴⁸⁰.

La BCE est détentrice de cette position de supervision sur le système. Elle l'est en propre, dans la majorité des cas, puisque les pouvoirs qui lui appartiennent dans ce cadre sont exercés par le directoire ou ses services. Sa supervision passe par deux moyens. Tout d'abord, placée au centre du système, elle coordonne ses activités, centralise les données, précise et détaille les actions que les BCN devront mener. On peut y voir une activité de gestion du système (§1). Elle passe le plus souvent par le biais des instructions. Ces actes propres au système semble relever d'une série de pouvoirs hiérarchiques de la BCE, qualification sur laquelle il convient de s'interroger (§2).

§.1 - La BCE responsable de la gestion quotidienne du système

La BCE est un centre de décision, d'organisation du système et d'impulsion politique. Mais la BCE est aussi titulaire d'une partie de la fonction d'exécution. Il est fondamental de souligner ce point qui sera crucial pour se prononcer sur la nature décentralisée, ou non, du système. La gestion concrète d'un système complexe exige une position spécifique, un organe permanent et disposant d'une vision d'ensemble sur le système. La BCE est la seule à disposer de ces deux qualités au sein du système. Cependant, malgré son caractère cardinal, cette fonction reste assez opaque.

Les Statuts comme le droit de l'Eurosystème ne sont diserts ni sur les fonctions de gestion qui lui sont dévolues, ni sur les modalités concrètes. La doctrine, y compris celle produite par la BCE, n'a pas exploré non plus ce versant du système. C'est souvent en creux qu'apparaissent les tâches dévolues à la BCE. Celles-ci sont de deux natures différentes. Lorsque les BCN doivent agir directement sur le marché, la BCE va venir préciser les modalités concrètes de leur intervention (A). En matière statistiques, notamment, la BCE intervient après les BCN pour centraliser les actions effectuées au niveau national (B).

A. La gestion en amont de l'intervention des BCN

La distinction opérée par l'article 12 paragraphe 1 entre la mise en œuvre de la politique monétaire confiée au directoire et « *l'exécution des opérations* » par les BCN prend ici tout son sens. Le conseil des gouverneurs organise le système, précise la stratégie de politique monétaire, les instruments à sa disposition et les contreparties qui y sont associées. Le directoire est ensuite chargé de traduire ces principes en actes pour ainsi donner un contenu concret à la politique monétaire. Tel qu'elle ressort du droit de l'Eurosystème, cette action consiste en la désignation concrète des contreparties (1) et des modalités des opérations de politique monétaire (2).

⁴⁸⁰ « *Administrative supervision should be conceived as such should better be conceived as the (specific) actions of supervisory agents – in the exercise of the powers conferred upon them as such rules – to control the actions and decisions of sub-units or other authorities (below them) in accordance with the legal frameworks which constrain them. Administrative supervision is, in this sense, in itself administrative action, even if it sometimes involves the employment of quasi-legislative measures (e.g. circulars, guidelines or interpretive rules) by a supervisory authority vis-à-vis those bodies under its supervisory oversight* », idem, p. 205.

1) Le pouvoir de la BCE sur la détermination des établissements assujettis aux réserves obligatoires

S'il y a un domaine dans lequel les BCN n'ont aucun pouvoir, c'est celui de déterminer concrètement quels établissements seront contraints de constituer, auprès d'elles, des réserves obligatoires. Bien évidemment, elles participent à l'élaboration des actes qui déterminent abstraitement les qualités nécessaires pour être une contrepartie⁴⁸¹. La BCE est chargée de l'application de ces critères. Ce pouvoir est fondamental car il constitue la première étape de la politique monétaire⁴⁸². L'article 19 paragraphe 1 des Statuts précise, à son paragraphe 1, que « *la BCE est habilitée à imposer aux établissements de crédit établis dans les États membres la constitution de réserves obligatoires* ». L'article mentionnant expressément la BCE et non le SEBC, il exclut alors la décentralisation. Le règlement relatif aux réserves obligatoires le confirme. La BCE dispose du pouvoir de déterminer et publier la liste des établissements assujettis ou exemptés de la constitution de telles réserves. Évidemment, ce pouvoir est lié à la qualité d'établissement de crédit qui ne dépend pas d'elle mais est une notion autonome du droit de l'Union. La qualité d'établissement de crédit est conférée par les autorités prudentielles sur la base d'une législation harmonisée⁴⁸³. La BCE choisit parmi ces établissements lesquels se verront conférer la qualité de contrepartie.

Le règlement du Conseil concernant l'application de réserves obligatoires précise que « *La BCE peut, sur une base non discriminatoire, exempter certaines institutions des réserves minimales conformément aux critères qu'elle aura établis* »⁴⁸⁴. Ce pouvoir est expressément confié à la BCE. Le règlement de la BCE, à son article 2 paragraphe 2, le confirme et précise les conditions d'exemption. Trois cas d'exemption sont prévus. Les deux premiers sont logiques, au regard du lien entre qualité d'établissement de crédit et contreparties assujetties à la constitution de réserves. Seront ainsi exemptés, en premier lieu, « *les établissements soumis à des mesures de redressement* »⁴⁸⁵. En deuxième lieu, seront affranchis de cette obligation : « *les établissements pour lesquels l'obligation de constituer des réserves ne servirait pas les objectifs du régime de réserves obligatoires de la BCE* »⁴⁸⁶. Contrairement au premier cas, où le pouvoir de la BCE semble lié, pour le second cas : « *la BCE prend en considération au*

⁴⁸¹ Règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité

⁴⁸² Outre l'importance structurelle des réserves obligatoires dans la création d'un besoin de liquidités, déjà mentionnée, il faut rappeler que « *seuls les établissements assujettis à la constitution de réserves obligatoires en vertu de l'article 19.1 des statuts du SEBC sont éligibles en tant que contrepartie* », Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe I, pt. 2.1 a).

⁴⁸³ Sur ce point voir *supra*, Chapitre 1 du Titre 2 de la Première partie.

⁴⁸⁴ Règlement 2531/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne, précité, art. 2.

⁴⁸⁵ Règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité, art. 2 §2 a).

⁴⁸⁶ *Idem*, art. 2 §2 c). Cette appréciation se fait sur la base de l'un de ces trois critères : leur agrément ne couvre que des « *fonctions spécifiques* » (i), il leur est interdit « *d'exercer des fonctions bancaires de manière active, en concurrence avec d'autres établissements de crédit* » (ii) ou l'établissement ne collecte des dépôts que dans un but d'aide régionale ou de développement (« *l'établissement concerné est légalement tenu d'affecter tous ses dépôts à des objectifs liés à l'aide régionale et/ou internationale au développement* », iii).

moins l'un des critères »⁴⁸⁷. Elle a alors ici une marge de manœuvre. Le dernier cas d'exemption est confus. L'article 2 paragraphe 2 b) du règlement précise que seront déchargés les établissements visés par une décision du Conseil sur le fondement de l'article 60 TCE, devenu 75 TFUE⁴⁸⁸, à savoir une restriction des mouvements de capitaux pour la prévention du terrorisme et ceux visés par « une décision du Conseil des gouverneurs de la BCE suspendant ou supprimant l'accès d'un établissement aux opérations d'open market ou aux facilités permanentes de l'Eurosystème ». Le second cas vise certainement le prononcé de sanctions par la BCE⁴⁸⁹. Regrouper ces deux possibilités dans un même paragraphe est étrange, puisqu'elles n'ont rien en commun.

Le dernier paragraphe de l'article 2 du règlement de la BCE sur les réserves obligatoires confirme le pouvoir de la seule BCE sur la détermination des contreparties. C'est elle qui « publie la liste des établissements assujettis à la constitution de réserves »⁴⁹⁰. Sera aussi publiée, par ses soins, la liste des établissements exemptés unique pour le second cas décrit précédemment, ceux pour lesquels la constitution ne poursuivrait pas les objectifs du mécanisme. La BCE a aussi le pouvoir d'autoriser un établissement à constituer ses réserves sur une base consolidée. Une telle autorisation suit immédiatement l'accord de la BCE pour une déclaration statistique sur base consolidée⁴⁹¹. Les BCN n'ont, dans ces matières, aucun pouvoir. Elles peuvent seulement autoriser un établissement à constituer ses réserves par le biais d'un intermédiaire⁴⁹². Rien n'est précisé sur les détenteurs de ce pouvoir au sein de la BCE. Le directoire étant chargé par l'article 11 paragraphe 6 des Statuts de « la gestion courante de la BCE » et au regard de la teneur des tâches qui viennent d'être décrites, ce pouvoir revient certainement au directoire. En revanche, comme on l'a vu à la section précédente, les réserves obligatoires sont constituées auprès des BCN. Elle ne disposent, dans ce domaine, d'aucune marge de manœuvre. Il en va de même dans leur exécution des opérations de politique monétaire dont la teneur est entièrement déterminée par la BCE.

2) La détermination du contenu de la politique monétaire

⁴⁸⁷ *Idem*, art. 2 §2 c).

⁴⁸⁸ « Lorsque la réalisation des objectifs visés à l'article 67 l'exige, en ce qui concerne la prévention du terrorisme et des activités connexes, ainsi que la lutte contre ces phénomènes, le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, définissent un cadre de mesures administratives concernant les mouvements de capitaux et les paiements, telles que le gel des fonds, des avoirs financiers ou des bénéfices économiques qui appartiennent à des personnes physiques ou morales, à des groupes ou à des entités non étatiques, sont en leur possession ou sont détenus par eux. », seul le premier alinéa est reproduit ici.

⁴⁸⁹ Règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité.

⁴⁹⁰ Règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité, art. 2 §3.

⁴⁹¹ *Idem*, art. 11 : « Les établissements autorisés à procéder à une déclaration des données statistiques concernant leur assiette des réserves consolidée en tant que groupe (...) doivent constituer leurs réserves obligatoires par l'intermédiaire de l'un des établissements du groupe qui sert d'intermédiaire pour ces établissements exclusivement, et conformément aux dispositions de l'article 10 ».

⁴⁹² *Idem*, art. 10.

La principale décision de politique monétaire, la détermination du taux directeur – celui auquel vont se faire les opérations de refinancement – est adoptée par le conseil des gouverneurs. Organe de la BCE, une telle décision lui est imputable. Cependant, la nature hybride du conseil en fait une décision systémique. En revanche, les décisions quotidiennes de gestion de la politique monétaire sont prises par le directoire⁴⁹³. La BCE détermine le contenu des opérations de politique monétaire, émet les appels d’offres faits par les contreparties et attribue la liquidité. Les BCN sont ici réduites à un rôle d’exécutante. Sans compter que certaines opérations sont exécutées par la BCE de manière centralisée.

La division des tâches entre le conseil des gouverneurs et le directoire est rappelée, dès ses premières lignes, par l’orientation relative aux instruments de politique monétaire qui précise que « *le conseil des gouverneurs de la BCE est responsable de la formulation de la politique monétaire tandis que le directoire est chargé de mettre en œuvre la politique monétaire conformément aux décisions prises et aux orientations prescrites par le conseil des gouverneurs* »⁴⁹⁴. Du fait de sa permanence, le directoire est le seul organe capable d’une telle tâche⁴⁹⁵. Comme le dit H.K. Scheller : « *Cette fonction ne peut être que l’apanage d’un organe dont les membres sont impliqués en permanence et exclusivement dans la mise en œuvre des politiques de la BCE* »⁴⁹⁶.

La mise en œuvre se fait, comme on l’a vu au titre précédent, par le biais des opérations d’*open market* qui font suite aux appels d’offre. Ces derniers sont de la responsabilité de la BCE. Ainsi, comme le rappellent C. Barontini et P. Bonzom : « *s’agissant des opérations de refinancement, par exemple, elles sont bien (...) uniques dans la zone euro (puisque la BCE décide du lancement de l’opération, fixe le taux minimum de soumission des banques puis l’allocation pour l’ensemble de la zone euro)* »⁴⁹⁷. La détermination du contenu des appels d’offres est de la responsabilité du directoire⁴⁹⁸. Les réponses aux appels d’offres sont reçues par les BCN⁴⁹⁹. Ensuite, toutes les offres des contreparties sont additionnées par la BCE, seule

⁴⁹³ Voir *supra* Chapitre 2 du Titre 1 de la première partie sur les attributions du directoire.

⁴⁹⁴ Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l’Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), précité, Annexe I, pt. 1.1.

⁴⁹⁵ « *Le Directoire est l’organe exécutif de la BCE. Il est responsable de toutes les décisions qui doivent être prises au quotidien. Compte tenu de la nature de la politique monétaire, la BCE est tenue de réagir et de s’adapter à des changements rapides des conditions sur les marchés monétaire et financier, d’aborder des cas spécifiques et de traiter des questions urgentes* », SCHELLER H.K., *La Banque centrale européenne : histoire, rôle et fonction*, 2^{ème} Éd, précité, p. 59.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

⁴⁹⁷ BARONTINI C. & BONZOM P., « Une banque centrale nationale au sein d’un système fédéral », précité, p. 40. Les auteurs précisent ensuite, de manière abusive comme on le verra en conclusion que ces opérations sont aussi « *décentralisées (en ce sens que la réception des demandes des banques, puis l’allocation de liquidité entre celles-ci sont réalisées par les BCN)* ».

⁴⁹⁸ C’est ce que confirme S. Hämäläinen ancienne membre du premier directoire : « *the decisions on allotment volumes in the weekly tenders to the euro area as a whole are prepared by the ECB’s liquidity management function and taken by the Executive Board* » (HÄMÄLÄINEN S., « Implementing monetary policy in the euro area », 26 mars 2002)

⁴⁹⁹ Comme le précise l’orientation du 20 septembre 2011 : « *Les offres des contreparties (...) doivent être soumises à la BCN de l’État membre dans lequel l’établissement dispose d’une implantation (siège ou succursale)* », pt. 5.1.4.

à même de le faire, puis réparties entre les différents soumissionnaires⁵⁰⁰. Il faut rappeler que dans certains cas, la BCE se réserve le soin d'exécuter elle-même certaines opérations de politique monétaire⁵⁰¹. Une fois les opérations de politique monétaire exécutées, le système doit s'assurer de leur efficacité. La collecte de statistiques est ici indispensable. Dans ce domaine, la BCE est l'acteur final qui rassemble et diffuse les informations recueillies par les BCN.

B. La gestion en aval de l'intervention des BCN

Les statistiques jouent un rôle central dans l'action de l'Eurosystème. Elles sont indispensables à la prise de décision et constituent un pilier de la stratégie de politique monétaire. La section précédente a montré que les BCN sont responsables de la collecte des statistiques nationales. Cette opération se doit d'être suivie d'une intervention de la BCE seule capable d'agréger les données pour fournir un panorama global sur la zone euro (1). En matière fiduciaire les ressources statistiques doivent être beaucoup plus structurées puisque la production des billets et pièces dépend du volume et de l'état de ceux en circulation. L'Eurosystème s'est alors organisé autour d'un système informatique géré par la BCE, le CIS2 (2).

1) La centralisation par la BCE des statistiques monétaires et financières

La matière statistique illustre bien le fonctionnement du système et la complémentarité de la BCE et des BCN. L'établissement des statistiques indispensables au système ne pourrait pas se faire sans leurs interventions.

En premier lieu, on l'a vu, les BCN doivent récolter les statistiques. Ensuite, elles doivent les transmettre à la BCE qui va pouvoir élaborer les statistiques valables pour l'ensemble du système. La BCE intervient cependant parfois en amont. Le directoire a la faculté d'établir la liste des établissements soumis à des obligations de déclaration statistique. L'article 3 du règlement du 18 décembre 2008⁵⁰² précise que « *Le directoire de la BCE établit et met à jour une liste des IFM établies à des fins statistiques* ». Cette liste joue un rôle central dans toute la politique monétaire de la zone. Le directoire est aussi le seul compétent à autoriser plusieurs institutions à déclarer leurs statistiques en tant que groupe⁵⁰³. Les sociétés écrans effectuant de la titrisation sont depuis 2008 soumises à des obligations statistiques. Le directoire doit alors

⁵⁰⁰ L'orientation n'est pas claire sur ce point, c'est cependant ce qui est le plus logique et qui transparait en filigrane du texte : « *Dans le cadre d'appels d'offres à taux fixe, les offres reçues des contreparties sont additionnées. Si l'offre globale dépasse le montant total de liquidités devant être alloué, les soumissions seront satisfaites au prorata des offres, en fonction du rapport entre le montant à adjuger et celui de l'offre globale (voir l'encadré 4). Le montant adjugé à chaque contrepartie est arrondi à l'euro le plus proche. Toutefois, dans le cadre des appels d'offres à taux fixe, la BCE peut décider d'adjuger un montant/pourcentage minimal à chaque soumissionnaire* ». Nous soulignons. L'expression mise en avant rappelle que la prise de décision est de la responsabilité de la BCE.

⁵⁰¹ Voir *supra*, section précédente.

⁵⁰² Règlement 25/2009/CE de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires, précité.

⁵⁰³ Idem, Annexe III, Deuxième partie, pt. 1.1 : « *le directoire de la BCE peut autoriser les établissements de crédit assujettis à la constitution de réserves obligatoires à procéder à une déclaration statistique agrégée en tant que groupe situé sur un territoire national unique. Tous les établissements concernés figurent individuellement sur la liste des IFM de la BCE* ».

établir les listes des sociétés de ce type auxquelles la nouvelle réglementation va s'appliquer⁵⁰⁴. Pour les chèques et organismes de virement postaux, le directoire a la faculté d'établir la liste de ces établissements auxquels le règlement relatif aux statistiques en la matière s'applique⁵⁰⁵.

Le rôle de la BCE est surtout lié aux statistiques consolidées. Dans un mouvement dialectique, elle impose aux BCN de lui fournir des informations qu'elle va agréger avant de les communiquer aux BCN. Ainsi, l'orientation de décembre 2010 relative aux procédures comptables et financières au sein du système⁵⁰⁶ précise, à son article 25 paragraphe 3 que : « *La BCE prépare les bilans consolidés de l'Eurosystème* ». En revanche, l'Orientation du 1^{er} août 2007 relative aux statistiques monétaires ne le précise pas aussi clairement⁵⁰⁷. Elle attribue certaines tâches précises à la BCE, comme la responsabilité du calcul de flux⁵⁰⁸ ou de vérifier l'exactitude de certaines informations⁵⁰⁹. On y retrouve beaucoup de formules ne précisant pas distinctement le partage des tâches entre la BCE et les BCN. Par deux fois, l'Orientation utilise la formule « *En collaboration avec les BCN, la BCE recense et enregistre* »⁵¹⁰. Cette rédaction est riche d'ambiguïtés. En dernier lieu, elle confie la responsabilité à la BCE et la laisse libre du degré d'intégration des BCN dans le processus. Le rôle centralisateur de la BCE ne transparaît pas avec évidence de ce règlement. H.K. Scheller précise clairement qu'une fois les statistiques transmises par les BCN, la « *BCE utilise alors ces données pour établir les agrégats de la zone euro* »⁵¹¹.

2) La gestion par la BCE du système d'information propre à la monnaie fiduciaire (CIS2)

Le CIS2 est la plate-forme informatique regroupant des données relatives à la monnaie fiduciaire. Il convient, à présent, de développer le fonctionnement de ce système qui résume

⁵⁰⁴ Règlement 24/2009/CE de la BCE du 19 décembre 2008 relatif aux statistiques sur les actifs et les passifs des sociétés-écrans effectuant des opérations de titrisation (BCE/2008/30), précité.

⁵⁰⁵ Art. 2 §2 du règlement 1027/2006/CE de la BCE, du 14 juin 2006, relatif aux obligations de déclaration statistique concernant les organismes de chèques et virements postaux qui reçoivent des dépôts de résidents de la zone euro autres que les institutions financières monétaires (BCE/2006/8), précité.

⁵⁰⁶ Orientation de la BCE du 11 novembre 2010 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information financière dans le Système européen de banques centrales (refonte) (BCE/2010/20), précité.

⁵⁰⁷ Orientation de la BCE du 1^{er} août 2007 relative aux statistiques monétaires, des institutions financières et des marchés de capitaux (refonte) (BCE/2007/9), précité.

⁵⁰⁸ *Idem*, art. 3 §1 b : « *La BCE calcule les flux (c'est à dire les transactions) en éliminant de la différence entre les encours de fin de mois, les incidences des opérations ne traduisant pas des transactions* ».

⁵⁰⁹ *Idem*, art. 9 §1 : « *La BCE surveille, selon une périodicité mensuelle et en utilisant les informations statistiques de fin de mois que les établissements de crédit soumettent aux BCN conformément au règlement BCE/2001/13, l'exactitude des déductions forfaitaires actuelles de l'assiette des réserves que les établissements de crédit peuvent appliquer aux encours de leurs titres de créance émis d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans* ».

⁵¹⁰ *Idem*. Voir l'article 5 §1 relatif à la monnaie électronique : « *En collaboration avec les BCN, la BCE recense et enregistre, selon une périodicité annuelle, les caractéristiques des systèmes de monnaie électronique dans l'UE, la disponibilité des informations statistiques pertinentes et les méthodes d'élaboration de celles-ci. Les BCN déclarent les informations statistiques relatives à la monnaie électronique émise par les IFM, dans la mesure où ces informations sont disponibles, conformément à la liste des postes figurant à l'annexe III, deuxième partie, de la présente orientation* » et l'article 7 §1 a) en matière de postes pour mémoire : « *En collaboration avec les BCN, la BCE recense et enregistre la disponibilité des informations statistiques pertinentes et les méthodes d'élaboration de celles-ci* ».

⁵¹¹ SCHELLER H.K., *La Banque centrale européenne : histoire, rôle et fonction*, 2^{ème} Éd., précité, p. 111.

bien les rôles respectifs de la BCE et des BCN. Le CIS2 repose sur des données, factuelles ou statistiques et, sans surprise, c'est aux BCN qu'il appartient de les récolter⁵¹². L'article 11 paragraphe 1 de l'orientation précise explicitement que le directoire est « responsable de la gestion quotidienne du CIS2 ». Il dispose même d'une délégation de pouvoirs de la part du conseil des gouverneurs⁵¹³. L'orientation est intéressante car, contrairement à beaucoup d'autres, elle détaille les obligations de la BCE. Cette dernière est, logiquement, chargée de centraliser les données. C'est à elle que les BCN « déclarent »⁵¹⁴ ou « fournissent »⁵¹⁵ des informations.

La BCE a la charge de la maintenance du CIS2 et notamment la « Gestion des données de référence et des paramètres de système »⁵¹⁶. Les données de référence recouvrent les informations relatives à l'émission des pièces et billets. Les paramètres de système concernent les données techniques relatives aux BCN, aux séries de billets, les postes déclarés, etc⁵¹⁷. La BCE saisit ensuite les données déclarées par les BCN dans le CIS2. Avant d'intégrer les données transmises, la BCE doit opérer deux contrôles : l'un d'exhaustivité et l'autre d'exactitude⁵¹⁸. Par le premier, de manière synthétique, elle compare les données fournies par les BCN aux paramètres du système et peut ainsi vérifier que toutes les informations lui ont été transmises. Le contrôle d'exactitude vérifie que les données reçues en fonction des données existantes. Seules la BCE, avec une vision globale et unique sur l'ensemble du système est à même de faire de tels contrôles.

La BCE gère ensuite l'accès au système. Celui-ci est assez limité puisque les BCN, ou futures BCN, ne peuvent disposer que de quatre accès individuels. Les tiers éligibles, à savoir des organes autres que des banques centrales intéressés par la monnaie fiduciaire⁵¹⁹, ne disposent que d'un accès, à l'exception de la Commission qui en a quatre. L'orientation ne prévoit pas les règles détaillées pour l'« encadrement technique des utilisateurs individuels »⁵²⁰ mais confie à la BCE⁵²¹ de les déterminer au cas par cas, « dans des dispositifs contractuels

⁵¹² Orientation de la BCE du 11 septembre 2008 relative à la collecte de données concernant l'euro et au fonctionnement du système d'information sur les données fiduciaires 2 (BCE/2008/8), précité. Voir notamment l'article 2 pour la collecte des données relatives aux billets en euro, l'article 3 aux pièces en euro, et l'article 4 pour les « données concernant l'infrastructure de la filière fiduciaire et le cadre relatif au recyclage des billets ».

⁵¹³ Sur les détails de cette délégation, voir *supra* Chapitre 2 du Titre 1 de la Première partie.

⁵¹⁴ Ce verbe est utilisé par les articles 2 et 3 de l'orientation relative à la collecte de données concernant l'euro et au fonctionnement du système d'information sur les données fiduciaires 2 (BCE/2008/8), précité, à propos de la transmission de données statistiques.

⁵¹⁵ Ce verbe est utilisé par l'article 4 de l'orientation de la BCE du 11 septembre 2008 relative à la collecte de données concernant l'euro et au fonctionnement du système d'information sur les données fiduciaires 2 (BCE/2008/8), précité, pour désigner des informations non-statistiques, en l'espèce : « les données concernant l'infrastructure de la filière fiduciaire ».

⁵¹⁶ *Idem*, art. 6.

⁵¹⁷ Voir pour plus de détail l'annexe IV (*ibidem*).

⁵¹⁸ Art. 7 §3 : « La BCE veille à ce que les contrôles d'exhaustivité et d'exactitude prévus aux annexes V et VI soient effectués par le CIS 2 avant que les données soient stockées dans la base de données centrale du CIS 2 ».

⁵¹⁹ *Idem*, art. 1 §1 g) : « la Commission européenne, les Trésors nationaux, les directions nationales des monnaies et les organismes publics ou privés désignés par les Trésors nationaux des États membres participants; »

⁵²⁰ *Idem*, art. 8 §2.

⁵²¹ L'orientation ne précise pas à qui revient ce pouvoir au sein de la BCE. Il participe cependant de la gestion courante et revient au directoire voire, plus vraisemblablement, à un service de la BCE sous l'égide du directoire.

distincts »⁵²² avec chaque BCN ou tiers éligible. Enfin, les BCN souhaitant pouvoir stocker localement les données du CIS2 doivent le demander à la BCE qui ensuite devra mettre en place une procédure régulière de transmission automatique de ces données⁵²³.

Les règles évoquées sont parfois anecdotiques mais restent symboliques du fonctionnement du système. La BCE n'est pas seulement un centre de décision, comme on l'a vu au chapitre précédent, c'est aussi un centre de gestion. Sa position spécifique, au cœur du système, lui permet d'effectuer des tâches qu'aucune des autres banques centrales du système ne pourraient faire. Cela dit, de même que la prise de décision au conseil des gouverneurs est impossible sans le concours des BCN, la BCE ne pourrait effectuer ces tâches de gestion sans la participation en amont ou en aval des BCN. De ce fait, elle dispose d'un pouvoir sur les BCN lui permettant d'encadrer leurs actions.

§.2 - Les pouvoirs hiérarchiques de la BCE

La hiérarchie est le point crucial qui permettra de qualifier, ou non, le système de décentralisé. En effet, « *Hiérarchie et décentralisation sont complémentaires. Sans la possibilité pour la BCE d'adresser des orientations et des instructions aux BCN, dans un système décentralisé, la politique monétaire serait "nationalisée" au niveau de sa mise en œuvre* »⁵²⁴. Pour autant, les deux concepts peuvent paraître antinomiques, la hiérarchie supprimant l'autonomie nécessaire à la décentralisation. La conclusion de ce chapitre sera l'occasion de se prononcer définitivement sur ce point.

Avant cela, il faut poursuivre le raisonnement et rechercher quels sont les pouvoirs de la BCE qui peuvent être qualifiés de « *pouvoirs hiérarchiques* » afin de déterminer si elle dispose d'une « *autorité hiérarchique* » sur les BCN, selon la terminologie de C. Eisenmann⁵²⁵. Il s'agit ici alors d'identifier les « *moyens techniques* » et « *instruments juridiques* » de la BCE qui pourraient faire transparaître une autorité hiérarchique. L'auteur la définit comme « *le droit d'un agent de faire, dans ses rapports avec un autre agent, prévaloir sa volonté personnelle soit en le dirigeant, soit en le corrigeant* »⁵²⁶. Elle peut aller jusqu'au droit d'évocation permettant à une autorité supérieure de remplacer un acte de sa subordonnée par le sien. L'idée de « *volonté personnelle* » pose la question fondamentale de savoir si les décisions du conseil des gouverneurs expriment réellement la volonté de la BCE, on y reviendra en conclusion. C. Zilioli et M. Selmayr rappellent que, durant les négociations du

⁵²² *Ibidem*.

⁵²³ *Idem*, art. 10.

⁵²⁴ « *Hierarchy and decentralisation are complementary. Without the possibility for the ECB to address guidelines and instructions to the NCBs, in a decentralized system, monetary policy would be "nationalized" at the level of implementation* », LOUIS J.-V., « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », précité, p. 53.

⁵²⁵ « *Nous disons "autorité hiérarchique" plutôt que "pouvoir hiérarchique", contrairement à l'usage. Il s'agit en effet de disposer de deux termes : l'un pour indiquer le genre ou le principe du rapport entre organes ; l'autre pour désigner les moyens techniques qui le peuvent réaliser, ses instruments juridiques.* », EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, précité, p. 72. Sur la centralisation par autorité hiérarchique voir pp. 71-83.

⁵²⁶ *Ibidem*.

traité de Maastricht, deux thèses s'opposaient. La première conférait la personnalité juridique au SEBC, ou à ses organes de décision. La BCE et les BCN auraient été alors à un niveau d'égalité et les tâches auraient alors été réparties entre les deux pour la mise en œuvre. La seconde, qui a prévalu et qui confirme, selon les auteurs, la position hiérarchique de la BCE, lui confère la personnalité juridique, intègre les organes de décision en son sein et lui donne une position de supériorité pour les BCN⁵²⁷. Afin de vérifier que ce modèle est celui qui s'est réalisé, les deux éléments dégagés par C. Eisenmann seront étudiés : les pouvoirs de direction (A) et les pouvoirs de correction (B).

A. Les pouvoirs de direction de la BCE sur les BCN

« Le pouvoir de direction s'exerce par des ordres, injonctions, instructions, prescriptions, etc. – peut importe le mot employé, il s'agit d'un pouvoir d'ordonner, de prescrire la conduite à tenir, notamment les actes à accomplir »⁵²⁸. La section précédente a montré que la BCE dispose d'un pouvoir de décision central sur l'ensemble du système. À présent, ce sont les instruments et moyens de ce pouvoir qui doivent être mis en avant. L'outil principal de la BCE sont les instructions que le directoire adresse aux BCN et qui caractérisent, autant que les orientations mais de manière plus évidente, le pouvoir de direction (1). La BCE dispose aussi d'un outil de direction qui, bien qu'il ne s'adresse pas aux BCN, traduit sa supériorité : la centralisation du pouvoir de sanction (2).

1) Les actes propres à l'Eurosystème : concrétisation du pouvoir hiérarchique

Il est possible de concevoir les orientations comme l'expression du pouvoir hiérarchique de la BCE. Cependant, tant par leurs modalités d'adoption que par le mécanisme qu'elles engendrent – et notamment leur portée générale – elles traduisent plutôt un pouvoir d'organisation. Même si elles imposent aux BCN la prise d'acte de transposition et les obligent parfois à des comportements concrets, elles ne traduisent pas un réel mécanisme de hiérarchie, pas plus que les directives ne sont l'expression du pouvoir hiérarchique de l'Union sur les Etats. En revanche, les instructions ont un caractère plus concret et direct.

Les Statuts opèrent cette différence, lorsqu'ils précisent à l'article 12 paragraphe 2 que « Le directoire met en œuvre la politique monétaire conformément aux orientations et aux décisions arrêtées par le conseil des gouverneurs. Dans ce cadre, le directoire donne les instructions nécessaires aux banques centrales nationales ». Cette différence a été reprise par la BCE. Pour elle, les instructions « n'ont pas en elles-mêmes un objectif de définition de la politique mais sont plutôt destinées à assurer la mise en œuvre des Décisions et Orientations de politique monétaire en donnant des instructions spécifiques détaillées aux banques centrales nationales de l'Eurosystème »⁵²⁹. Elles dictent de manière détaillée la conduite à suivre par les BCN et ces dernières sont contraintes de les exécuter, comme leur enjoint

⁵²⁷ Voir ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The European Central Bank and its law*, précité, p. 64-67.

⁵²⁸ EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, précité, p. 76.

⁵²⁹ BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », précité, p. 58.

l'article 14 paragraphe 3 des Statuts. De manière concrète, C. Barontini et P. Bonzom précisent que : « Dès que les décisions sont prises, elles sont mises en œuvre de manière décentralisée et sans ambiguïtés possible : le Directoire de la BCE adresse des instructions aux BCN sur la base des décisions et orientations du conseil des gouverneurs »⁵³⁰.

La doctrine s'accorde pour voir dans les instructions l'expression du pouvoir hiérarchique de la BCE sur les BCN. Pour J.-V. Louis, l'article 12 « reflète la subordination des banques centrales qui recevront les "instructions nécessaires" de la part du directoire »⁵³¹. De même, pour F. Allemand : « la BCE dispose d'un pouvoir réglementaire et hiérarchique sur les banques centrales nationales : le directoire donne les instructions nécessaires aux banques centrales pour l'exécution de leur mission ; et le conseil des gouverneurs prend les mesures nécessaires pour assurer le respect des orientations et instructions »⁵³². En matière de politique monétaire, ce lien de subordination est évident. La BCE élabore quotidiennement les appels d'offres, centralise les soumissions (reçues par les BCN), adjuge les montants aux différentes contreparties. Les BCN devront alors allouer à chaque contrepartie la quantité de liquidité que la BCE leur a octroyé. Les garanties qu'elle pourra accepter en échange sont fixées par la BCE sur la liste unique. Les banques centrales nationales ne disposent là d'aucune marge de manœuvre et doivent être vues, selon l'expression de J.-V. Louis comme : « des "agents" de la politique monétaire centrale »⁵³³. Le même qualificatif s'applique à elles dans le domaine des sanctions, où elles ne font qu'appliquer les sanctions décidées par le niveau central.

2) Les pouvoirs de sanction aux mains de la BCE

Le pouvoir de sanctions aux mains de la BCE reflète sa domination sur le marché, mais démontre aussi clairement sa position hiérarchique sur l'ensemble du système. Elles viennent prévenir, et punir, le non respect par les contreparties de certaines de leurs obligations. La procédure d'enquête de sanction est une illustration parfaite de la soumission des BCN à la BCE. Comme le précisent J.M. Fernández Martín et P.G. Texiera, il y a en réalité deux procédures : une « entièrement intégrée » et une « procédure administrative composite »⁵³⁴. La première est entièrement menée par la BCE, tandis que la seconde passe par l'intervention – à un ou plusieurs stades – d'une ou plusieurs BCN. Dans tous les cas, « la décision finale est exclusivement réservée à la banque »⁵³⁵. Seule cette décision appartient uniquement à la BCE, les autres phases peuvent être aux mains des BCN comme de la BCE.

⁵³⁰ BARONTINI C. & BONZOM P., « Une banque centrale nationale au sein d'un système fédéral », précité, p. 40.

⁵³¹ LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire, Commentaire Mégret », précité, p. 67.

⁵³² ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale », précité, . 614.

⁵³³ LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 293.

⁵³⁴ « It could therefore be a fully integrated procedure conducted by the Bank services from the beginning to the end. But it could also be what we have come to be known as "composite administrative procedure" », MARTIN FERNANDEZ J.M. & TEXIEIRA P.G., « The imposition of regulatory sanctions by the European Central Bank », précité, p. 398.

⁵³⁵ « the final decision is exclusively reserved to the bank », *ibidem*.

L'initiative de la procédure est partagée entre les deux échelons. Comme le précise l'article 3 paragraphe 1 du règlement de novembre 1998 du Conseil concernant les pouvoirs de la BCE en matière de sanctions, la décision d'engager les procédures peut être prise par le directoire – de sa propre initiative ou après avoir été alerté par une BCN, ou par une BCN de sa propre initiative ou après avoir été prévenue par le directoire⁵³⁶. Le règlement de la BCE relatif aux mesures de sanctions impose une consultation mutuelle des deux échelons afin d'éviter que deux procédures ne soient ouvertes en même temps⁵³⁷. L'entreprise concernée peut être consultée avant cette décision⁵³⁸. Ensuite les agents de la BCE ou des BCN doivent mener une enquête et disposent de pouvoirs « *aux fins d'obtention de toute information relative à l'infraction présumée* »⁵³⁹, si besoin est avec le renfort de l'État membre⁵⁴⁰. Le règlement du Conseil prévoit le droit pour l'entreprise d'être entendue⁵⁴¹. La BCE va plus loin et met en place une communication des griefs préalablement à la prise d'une décision de sanction⁵⁴². Les opérations concrètes d'enquête sont réparties entre la BCE et les BCN, la première pouvant déléguer certaines tâches à l'échelon national quand c'est elle qui conduit la procédure⁵⁴³.

Pour savoir à qui revient réellement ce pouvoir de sanction, il faut s'interroger sur le statut contentieux des actes pris par les BCN au cours d'une procédure. M. Fernández Martín et P.G. Texiera envisagent deux possibilités : l'imputabilité à la BCE et l'imputabilité à la BCN. Sur la base de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, ils penchent pour la première solution. Ils opposent la solution de la Cour dans l'arrêt Borelli⁵⁴⁴ et celle, notamment, de l'arrêt Lisretal⁵⁴⁵. Dans le premier cas, la Cour a considéré qu'un avis négatif national à la demande de concours à un fond doit être attaqué devant les autorités nationales. Dans le second cas, elle estime que la décision de la Commission – après avis de l'État membre – de suspendre une aide du FSE doit être attaquée devant elle. Les auteurs y voient une évolution de la jurisprudence.

⁵³⁶ Règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité.

⁵³⁷ Règlement 2157/1999/CE de la Banque centrale européenne, du 23 septembre 1999, concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité, art. 2 §1.

⁵³⁸ Idem, art. 2 §2.

⁵³⁹ Idem, art. 3 §1. Le règlement du Conseil précise les types de mesures qui peuvent être prises, à son article 3 §2. Il s'agit : « a) d'exiger la production de documents; b) d'examiner les livres et les archives de l'entreprise; c) de prendre des copies ou d'obtenir des extraits de ces livres et archives et d) d'obtenir des explications écrites ou orale ».

⁵⁴⁰ Art. 3 §2 du règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité, et art. 4 du règlement 2157/1999/CE de la Banque centrale européenne, précité.

⁵⁴¹ Art. 3 §3 du règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité.

⁵⁴² Art. 5 du règlement 2157/1999/CE de la Banque centrale européenne concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité.

⁵⁴³ Cette solution ressort en filigrane de l'article 2 §3 du règlement de la BCE : « *Les agents de la BCE ou de la banque centrale nationale compétente, selon le cas, qui sont autorisés, conformément à leurs règles internes respectives, à rechercher des informations sur le site de l'entreprise concernée, exercent leurs pouvoirs sur production d'une autorisation formelle écrite émise conformément à leurs règles internes respectives* ».

⁵⁴⁴ CJCE, 3 décembre 1992, Borelli c. Commission, aff. C-97/91, Rec. 1992 p. I-06313.

⁵⁴⁵ CJCE, 4 octobre 1996, Commission contre Lisretal, aff. C-32/95 P, Rec. 1996 page I-05373.

En réalité, les solutions s'opposent autour du caractère définitif de l'acte national et du pouvoir d'appréciation dont jouit l'autorité communautaire. Dans l'affaire Borelli, elle est liée par l'acte communautaire. Celui-ci doit être attaqué devant une juridiction nationale, la Cour de justice n'étant pas compétente pour constater les irrégularités dans la prise de position nationale⁵⁴⁶. En revanche, dans l'affaire Lisrestal, l'avis de l'État membre n'est que consultatif⁵⁴⁷. La question est alors de savoir si la prise de position de l'État membre est contraignante pour les administrations communautaires ou s'il s'agit uniquement d'actes préparatoires⁵⁴⁸. Un tel raisonnement amène à une conclusion similaire à celles de MM. Fernández Martín et Texiera. Les BCN agissent pour le compte de la BCE et seule celle-ci prendra une décision définitive.

Sur ce point, le règlement du Conseil est clair, seul le directoire peut prendre une décision de sanction, qui doit être motivée⁵⁴⁹. L'entreprise concernée a alors trente jours, à compter de la notification, pour demander un réexamen de cette décision par le conseil des gouverneurs⁵⁵⁰. Une fois la décision devenue définitive, la sanction sera exécutée selon des modalités prévues par la décision de sanction⁵⁵¹. La BCE a la possibilité de la faire appliquer par la BCN⁵⁵². Cette possibilité est semble-t-il la voie normale puisque le règlement de la BCE précise que « *Les banques centrales nationales font rapport à la BCE sur l'exécution de la sanction* »⁵⁵³. La décision de sanction est prise par le directoire et peut être mise en œuvre par l'échelon national. Il y a là clairement, ainsi que dans le rôle des BCN dans l'enquête, l'expression d'un pouvoir d'instruction du directoire sur les BCN. La BCE se sert ainsi des BCN comme instrument de coercition sur les contreparties, en revanche elle ne dispose pas réellement de moyens de prendre des mesures de coercition sur les BCN.

⁵⁴⁶ « *que l'acte pris par l'autorité nationale lie l'instance communautaire de décision et détermine, par conséquent, les termes de la décision communautaire à intervenir.* », CJCE, 3 décembre 1992, Borelli c. Commission, §10.

⁵⁴⁷ « *Il convient d'ajouter que, s'il est vrai qu'une décision de suspension, de réduction ou de suppression d'un concours communautaire peut parfois refléter une appréciation et une évaluation effectuées par les autorités nationales compétentes, il n'en reste pas moins vrai que c'est la Commission qui, conformément à l'article 6, paragraphe 1, du règlement n° 2950/83, prend la décision finale et assume seule, à l'égard des bénéficiaires, la responsabilité juridique d'une telle décision* », CJCE, 4 octobre 1996, Commission contre Lisrestal, §29.

⁵⁴⁸ Voir sur ce thème TÜRK A.H., « *Judicial review of integrated administration in the EU* » in HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 218-256, notamment pp. 222-224 : « *intermediate steps in competition, anti-dumping or staff cases cannot be subject to annulment proceedings in the European court (...). Similar considerations apply in cases where national authorities, represented in a committee at Community level or on their own, contribute to administrative procedure at EC level* » (p. 223).

⁵⁴⁹ « *Dès que possible après avoir été saisi par la banque centrale nationale qui a engagé la procédure d'infraction ou après consultation de la banque centrale nationale de l'État membre dans la juridiction duquel l'infraction présumée a été commise, le directoire de la BCE adopte une décision motivée sur la question de savoir si une entreprise a commis une infraction en précisant la sanction éventuelle à infliger.* », art. 3 §4 du règlement 2532/98/CE du Conseil, précité.

⁵⁵⁰ *Idem*, art. 3 §6.

⁵⁵¹ Règlement 2157/1999/CE de la Banque centrale européenne, du 23 septembre 1999, concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, précité, art. 9 §2.

⁵⁵² *Idem*, art. 9 §3.

⁵⁵³ *Idem*, art. 9 §4.

B. La BCE titulaire d'un pouvoir de correction ?

C. Eisenmann définit en une formule claire ce pouvoir : « *Le pouvoir de correction se traduit par l'acte de remplacer la conduite d'autrui par une conduite différente* » et se traduit majoritairement par le droit d'évocation. Cette définition impose de prime abord une définition négative à la question posée dans le titre. Lorsque le droit de l'Eurosystème confère aux BCN le soin d'effectuer une opération, d'adopter un acte, etc., la BCE ne peut directement et autoritairement supplanter la BCN. Cependant, maîtresse du degré de décentralisation et titulaire de la personnalité juridique, l'organisation du système peut être modifiée pour confier à la BCE les pouvoirs qui seraient mal exercés à l'échelon national (2). Avant d'en arriver à une solution aussi radicale, la BCE dispose du pouvoir de faire condamner une BCN qui ne respecterait par ses obligations issues du droit de l'Union (1).

1) Le recours en constatation de manquement contre les BCN aux mains de la BCE

Cette procédure est prévue aux articles 271 d) du TFUE et 35 paragraphe 6 des Statuts. Elle mérite le qualificatif de recours en manquement car son mécanisme est similaire au recours qualifié comme tel devant la Cour de justice⁵⁵⁴. On retrouve le même vocabulaire centré autour de l'idée de manquer aux obligations posées par les traités⁵⁵⁵ et une procédure équivalente imposant un « *avis motivé* »⁵⁵⁶. Il ne s'agit pas de la seule procédure spécifique en manquement. Il en existe une, notamment, en matière d'aides d'État prévue à l'article 108 paragraphe 2 du TFUE⁵⁵⁷. La Cour de justice n'a jamais été saisie d'une requête introduite par la BCE à l'encontre d'une BCN. Cependant, ce recours vient conforter la position hiérarchique de la première qui peut, par ce biais, faire condamner le comportement d'une BCN qui contreviendrait aux droit de l'Union et notamment à celui de l'Eurosystème. Sans entrer dans les détails de la procédure, il importe d'en saisir les principaux mécanismes avant de se prononcer sur son efficacité.

La procédure en manquement est considérée par la doctrine comme l'un des fondements de l'originalité de l'Union. Ainsi, pour D. Simon il « *constitue un indice majeur, sinon l'une des principales manifestations de la spécificité de la construction de l'Union européenne* »⁵⁵⁸. Trois raisons, que l'on retrouve au sein de l'Eurosystème, justifie cette assertion : le fait que le déclenchement de la procédure soit confié à un organe indépendant des États membres, la

⁵⁵⁴ Voir les articles 258 à 260 TFUE.

⁵⁵⁵ D'ailleurs, l'article 35 §6 des Statuts utilise une expression similaire à celle de l'article 258 TFUE. Ce dernier stipule que « *Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités...* » et les Statuts que « *Si la BCE considère qu'une banque centrale nationale a manqué à une des obligations qui lui incombent au titre des traités et des présents statuts...* ».

⁵⁵⁶ Art. 258 §1 TFUE et 35 §6 des Statuts.

⁵⁵⁷ Sur les procédures spécifiques en manquement, voir, van RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2011, 781p., pp. 586-589.

⁵⁵⁸ SIMON D., « Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Nature du manquement », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 380, §1. De même pour le Pr. Cahier : « *L'étude de ce recours permet aussi de mettre en lumière l'originalité profonde de la Cour des Communautés par rapport aux autres juridictions internationales* », CAHIER P., « Le recours en constatation de manquement des États membres devant la Cour des Communautés européennes », *CDE*, 1967, pp. 123-161, ici p. 125.

juridiction obligatoire de la Cour de justice et le fait qu'il s'agit de « *procédures objectives, fondées sur la nécessité d'assurer le respect d'un "ordre public communautaire"* »⁵⁵⁹. La procédure fonctionne en deux phases : précontentieuse et contentieuse. Dans le recours en manquement classique, la Commission doit engager une procédure de négociation avec l'État membre avant toute saisine de la Cour. Elle se matérialise par l'envoi d'une mise en demeure puis d'un avis motivé par la Commission à l'État membre⁵⁶⁰. Cette phase est indispensable car elle permet le règlement du différent⁵⁶¹ en grand nombre⁵⁶² et elle va figer les griefs que la Commission reproche à l'État dans la mise en demeure, dont elle ne pourra plus s'écarter⁵⁶³.

Il est ainsi fondamental que la procédure en manquement de l'Eurosystème reprenne le mécanisme précontentieux. Celui-ci se limite cependant à l'avis motivé. L'article 35 paragraphe 6 précise que la BCE « *émet sur l'affaire un avis motivé après avoir donné à la banque centrale concernée la possibilité de présenter ses observations* ». Ainsi l'article impose une phase informelle devant précéder l'avis motivé. Le traité et les Statuts ne précisent cependant pas qui doit émettre cet avis motivé. Le règlement intérieur est silencieux sur ce point, qui est pourtant crucial. La saisine de la Cour, qui suit l'avis motivé, est faite par le conseil des gouverneurs, organe où sera présent le gouverneur de la BCN à l'origine du manquement.

Il est indispensable de savoir s'il émet aussi l'avis motivé ou si cette tâche est confiée au directoire. Pour l'instant, aucun recours de ce type n'a été introduit. Les raisons semblent pouvoir être trouvées dans la nature du système. Mettant en place une collaboration constante entre toutes les composantes du système, les litiges se règlent certainement en interne. Un parallèle semble pouvoir être fait avec les raisons poussant à l'absence de recours en manquement à l'initiative d'un État membre⁵⁶⁴.

⁵⁵⁹ SIMON D., « Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Nature du manquement », précité, §3.

⁵⁶⁰ Ces deux étapes constituent la phase officielle, elle est souvent précédée d'une phase informelle de négociation. Voir SIMON D., « Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Procédure de constatation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 380-1, §§ 11-16 sur la phase informelle, §§18-19 sur la mise en demeure et 20-24 sur l'avis motivé. Voir aussi LOUIS J.-V., « Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice » in *Liber Amicorum P. Pescatore*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1987, pp. 387-409 et notamment sur la phase précontentieuse pp. 389 - 396

⁵⁶¹ « *On retrouve la phase de conciliation (...) qui a pour but de permettre à l'État de se justifier et d'éviter la poursuite de la procédure, s'il rapporte les mesures incriminées* », CAHIER P., « Le recours en constatation de manquement des États membres devant la Cour des Communautés européennes », précité, p. 143.

⁵⁶² D. Simon rappelle que : « *Statistiquement, 84 % des plaintes sont ainsi réglées avant le stade de l'avis motivé* », SIMON D., « Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Procédure de constatation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 380-1, § 19.

⁵⁶³ Voir, par exemple, CJCE, 14 mars 2006, Commission c. France, C-177/04, Rec. 2006 p. I-2461.

SIMON D., « Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Procédure de constatation », « *l'avis motivé lie le contentieux en cristallisant l'état du manquement à la date de son émission* », précité, §23.

⁵⁶⁴ Pour D. Simon : « *Très rares étaient en effet les procédures introduites, et encore plus rares les affaires qui sont allées jusqu'à la saisine de la Cour, ce qui s'explique évidemment par la réticence des États membres à rendre public et à "juridictionnaliser" un conflit bilatéral qu'il leur paraît souvent préférable de résoudre par des voies diplomatiques. Un rapide bilan de la pratique permet d'identifier deux types de contentieux de manquements inter-étatique.* », idem, §9. J.-P. Jacqué fait le même constat : « *Les États membres sont en effet très réticents devant les conséquences politiques que pourrait entraîner l'ouverture d'un contentieux en manquement* », JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, p. 665.

La nature hiérarchique de ce pouvoir de la BCE dépend de son caractère coercitif. Or, la Cour de justice a toujours estimé que les effets d'un arrêt de manquement sont purement déclaratoires. Dans l'arrêt Humblet du 6 décembre 1960⁵⁶⁵, elle estime qu'elle « *ne peut cependant, de sa propre autorité, annuler ou abroger des lois nationales d'un État membre ou des actes administratifs de ses autorités* »⁵⁶⁶. Suivant cet arrêt, le Professeur de Bellescize estimait que « *L'exécution des arrêts est remise aux États et dépend en définitive de leur bonne foi* » avant de nuancer son propos et de rappeler qu' « *il ne faut pas exagérer à l'excès cette impossibilité de sanctions directes* »⁵⁶⁷. Mais, la précision des arrêts leur confère souvent une utilité pratique certaine⁵⁶⁸. La principale force des arrêts de manquement est la capacité pour les individus d'utiliser l'arrêt comme une preuve pour les juridictions nationales de la violation par l'État membres du droit de l'Union⁵⁶⁹. Celles-ci seront alors contraintes de laisser inappliquée la disposition condamnée par le recours en constatation de manquement, voire d'indemniser le requérant, dans le cas où le manquement lui aurait causé un préjudice. Depuis le traité de Nice, la procédure de manquement ordinaire a fait l'objet d'une réforme permettant à la Cour de prononcer amendes et astreintes contre un État membre lors d'un second recours⁵⁷⁰. Le traité de Lisbonne renforce cette procédure⁵⁷¹. Cependant, le manquement propre à l'Eurosystème en est exclu. Sur la portée des arrêts prononcés par la Cour à l'encontre d'une BCN, le traité utilise une formule similaire à celle employée pour les arrêts en manquement ordinaires : « *Si la Cour reconnaît qu'une banque centrale a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cette banque est tenue de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour* »⁵⁷². Est-ce suffisant pour déduire un pouvoir hiérarchique de la BCE sur les BCN ? La doctrine ne le dit pas clairement. Pour J.-V. Louis : « *la BCE peut agir comme gardienne des traités et des statuts à l'encontre d'une BCN qui ne respecterait pas ses obligations* »⁵⁷³. Cela ne suffit pas à constituer un pouvoir hiérarchique. Pour C. Zilioli et M. Selmayr : « *La valeur juridique des dispositions des traités, des Statuts et des décisions de la BCE est aussi centralisée dans les mains de la BCE. L'article 237(d) TCE {271 d) TFUE} permet à la BCE d'engager une*

⁵⁶⁵ CJCE, 16 décembre 1960, Humblet, Aff. 6/60, Rec., p. 01125.

⁵⁶⁶ Idem, p. 1145.

⁵⁶⁷ BELLESCIZE de D., « L'article 169 du traité de Rome, et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des états membres », *RTDE*, 1977, pp. 173-231, ici p. 200.

⁵⁶⁸ « *un examen attentif de la jurisprudence de la Cour révèle une tendance sensible du juge européen à s'affranchir - au moins partiellement - des contraintes excessives que lui imposerait le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* » alors « *même si le dispositif des arrêts de constatation de manquement demeure purement déclaratoire, les motifs sont souvent à ce point précis et détaillés que la marge d'autonomie de l'État membre est pratiquement nulle* », SIMON D., « Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Effets des arrêts de manquement – Procédure spécifique », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 381, §6.

⁵⁶⁹ CJCE, 14 décembre 1982, Waterkeyn et autres, aff. jtes. 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, Rec. 1982 p. 04337.

⁵⁷⁰ Art. 260 62 du TFUE.

⁵⁷¹ Art. 260 §3 du TFUE.

⁵⁷² Art. 271 d) du TFUE. Voir la formule de l'art. 260 §1 : « *Si la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu des traités, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour.* »

⁵⁷³ LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 70.

procédure d'infraction contre une banque centrale »⁵⁷⁴. Mais centralisation ne vaut pas hiérarchie, de même que confier la fonction exécutive aux BCN ne vaut pas décentralisation. Ce transfert de fonctions est aux mains de la BCE, celle-ci pourrait le retirer à tout moment.

2) La BCE, maitresse du degré de décentralisation

La BCE ne dispose pas formellement d'un droit d'évocation. Cependant, la délégation de fonction d'exécution est une faculté ouverte par les Statuts. Dans les cas où une telle solution n'est pas, ou plus, efficace la BCE peut décider de centraliser la mise en œuvre⁵⁷⁵. La délégation de la fonction exécutive aux BCN n'est pas un principe inhérent à l'Eurosystème, mais une incitation couchée dans les statuts. Il est possible au conseil des gouverneurs d'y déroger. Pour cela, il doit motiver sa décision⁵⁷⁶. Nul doute que l'absence de mise en œuvre correcte par les BCN est une motivation suffisante. Une telle menace peut être assimilée à un pouvoir hiérarchique venant retirer à un organe subordonné son pouvoir parce qu'il l'exerce mal. Cependant, et ce détail est fondamental, une telle décision est de la compétence du conseil des gouverneurs. L'hybridité de sa composition, empêche une fois de plus d'y voir un pouvoir hiérarchique.

⁵⁷⁴ « *The legal enforcement of the requirements of the EC Treaty and the Statute and of the ECB's decision is also centralised in the hands of the ECB. Article 237(d) EC, allows the ECB to start infringement proceedings against a national central bank* », ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, précité, p. 66.

⁵⁷⁵ « *In the event that indirect implementation of ECB law through the national central bank would prove inefficient or result in a divergent application of ECB law, the decision-making bodies of the ECB would even be free to deem that indirect implementation is no longer "possible and appropriate" and to reverse their decision under Article 9.2 of the Statute and to assume the full responsibility to carry out the ECB's policy by the ECB's own activity* », idem, p. 119.

⁵⁷⁶ « *The operations are decentralised "to the extent deemed possible and appropriate"; any derogation to this rule, has to be motivated accordingly by the Governing Council* », de LHONEUX E., « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », précité, p. 460.

Conclusion du chapitre 2

Dans l'enquête menée pour qualifier les relations entre la BCE et les BCN, ce second chapitre a apporté de nouveaux indices. Il a en premier lieu confirmé que les BCN ont une compétence personnelle limitée. Elles ne peuvent agir que sur une fraction limitée des contreparties. La transposition des orientations confirme que leur pouvoir normatif ne peut s'adresser qu'aux contreparties présentes sur leur territoire. Ensuite, le MBCC est l'illustration du caractère géographiquement encadré de leur compétence, la prise en garantie d'un titre dans un autre État membre devant passer par la BCN compétente sur ce territoire. Mais surtout, c'est le caractère limité de l'autonomie des BCN qui ressort. Ce critère est fondamental dans la construction de C. Eisenmann. Il insiste sur la capacité des organes décentralisés à pouvoir décider par eux même, à disposer d'un pouvoir discrétionnaire. *« Il ne peut y avoir de décentralisation ou de semi-décentralisation réelles que si les organes centraux intermédiaires n'ont pas, par la réglementation qu'ils ont posé, achevé d'épuiser la dose de pouvoir discrétionnaire qui pouvait encore subsister avant leur intervention. (...) Si l'on suppose la réserve de pouvoir discrétionnaire épuisée à un degré donné, l'alternative de la centralisation ou de la décentralisation est vidée de toute substance, le problème ne subsiste que formellement »*⁵⁷⁷. La pratique des orientations suggère que les BCN disposent d'un pouvoir discrétionnaire dans l'opération de transposition. Cependant, les orientations ont le plus souvent une substance réglementaire. La dose de pouvoir discrétionnaire se réduit d'autant plus sous l'effet du phénomène de modélisation, par le biais de l'harmonisation et de la spécialisation. De même, le pouvoir de supervision administrative de la BCE démontre, notamment en matière de politique monétaire, l'absence totale de pouvoir discrétionnaire des BCN.

Pour autant, l'intensité des pouvoirs hiérarchiques de la BCE n'est pas telle qu'elle puisse qualifier le système de centralisé. Tout d'abord, la dose de contraintes contenues dans ces pouvoirs est faible. Le recours en manquement, comme la capacité de la BCE de re-centraliser les tâches a, tout au plus, un pouvoir persuasif. Il manque à la BCE, comme à la Cour de justice, un pouvoir fondamental : celui de réformer les actes à savoir de *« remplacer la conduite d'autrui par une conduite différente »*⁵⁷⁸. Dans la vision de C. Eisenmann, l'organe est considéré hiérarchiquement lorsqu'il dispose de pouvoirs qui peuvent *« permettre à leur titulaire de faire prévaloir et réaliser sa volonté personnelle »*⁵⁷⁹. La BCE dispose, dans certains cas, de cette capacité notamment en matière de politique monétaire. Mais elle ne dispose pas de moyens de coercition sur une BCN qui serait réticente. Ensuite, et surtout, dans la plupart des cas sa volonté n'est pas personnelle mais représente celle du système dans son ensemble, car exprimée par le conseil des gouverneurs. Ainsi, pour F. Martucci *« Dans l'Eurosystème, les relations entre la BCE et les BCN ne sont donc pas régies par un principe hiérarchique. Elles sont déterminées par le principe d'intégration dont l'article 14.3 des*

⁵⁷⁷ EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, précité, p. 260.

⁵⁷⁸ *Idem*, p. 76.

⁵⁷⁹ *Idem*, p. 78.

statuts constitue la traduction normative »⁵⁸⁰. Ce principe d'intégration est la traduction de la qualité de système de l'Eurosystème. L'article 14 paragraphe 3 précise que : « *Les Banques centrales nationales font partie intégrante du SEBC* ». Il confirme que, dans l'Eurosystème, chaque composante a une place propre et qu'elles sont toutes intégrées dans une organisation faite d'interrelations dont la hiérarchie n'est qu'une variante.

⁵⁸⁰ MARTUCCI F., « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosystème – Organisation », §103.

Conclusion du Titre 1

La théorie de C. Eisenmann fournit une grille de lecture. Elle impose en priorité de s'interroger sur la compétence personnelle de la BCE et des BCN. Sur ce point, le système correspond à une organisation décentralisée. La BCE est l'organe de décision, elle dispose d'une compétence « *illimitée ou totale* »⁵⁸¹ sur tous les destinataires possibles des normes produites par l'Eurosystème. Au contraire, les BCN sont spécialisées géographiquement et ne peuvent agir que pour les destinataires potentiels situés sur leur territoire. Leur compétence et donc « *limitée ou partielle* ». Ensuite, la théorie exige l'identification d'un organe suprême. De prime abord, la BCE en réunit les qualités. Mais une lecture fonctionnelle empêche de limiter seulement à la BCE cette qualité. Le titulaire du pouvoir suprême est celui qui décide des normes qui seront édictées⁵⁸². Or, comme le disait T. Padoa-Schioppa lorsqu'il était membre du directoire de la BCE, « *L'Eurosystème est la seule banque centrale de la zone euro, les banques centrales nationales ne pouvant plus prendre en toute indépendance des décisions de politique monétaire, mais font partie de l'Eurosystème et exécutant les décisions prise par le système* »⁵⁸³.

Dans l'approche de C. Eisenmann, l'Eurosystème constitue un cas de semi-décentralisation. Ce cas se présente lorsque des organes centraux et non-centraux sont rassemblés dans un système permettant « *de les y associer, de les faire participer sur un pied d'égalité juridique* »⁵⁸⁴. Il s'agit d'un modèle type et l'Eurosystème ne peut – pour cela – y correspondre parfaitement. Pour certaines « *activités* » pour reprendre le vocabulaire de l'auteur, l'Eurosystème pourra être qualifié de décentralisé et pour d'autres non. Il importe, au contraire, de se concentrer sur l'aspect systémique. Les relations dans l'Eurosystème ne sauraient être que dans un sens. Au contraire, la nature même de système impose des interactions complexes entre ses diverses composantes et excluent en partie la hiérarchie. G.C. Rowe ne dit pas autre chose lorsqu'il précise que « *Beaucoup d'aspects de l'administration de l'Union ont des éléments coopératifs, en réseau ou partagés et parfois ce qui pourrait être vu comme une relation hiérarchique spécifique (par exemple, la Commission au dessus des États membres) peut en fait opérer dans la direction contraire, un peu comme le modèle du courant*

⁵⁸¹ « La compétence personnelle des organes se mesure donc par le cercle des personnes envers qui ils peuvent agir. S'il exerce une fonction envers tous les membres ou n'importe lequel des membres de l'État sans distinction, on pourra dire la compétence d'un organe illimitée ou totale. S'il n'exerce au contraire une fonction qu'envers une fraction de ces membres, on pourra la dire limitée ou partielle », EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, précité, p. 13.

⁵⁸² Idem, p. 69.

⁵⁸³ PADOA-SCHIOPPA T., « The euro: a currency bridging peoples and culture », 7 mai 1999 (« *The Eurosystem is the sole central bank of the euro area, as the national central banks no longer take independent monetary policy decisions, but are parts of the Eurosystem and execute the decisions made by the Eurosystem itself* »).

⁵⁸⁴ EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, précité, p. 92. L'auteur précise avant que « *la maîtrise de l'activité appartient envers chaque fraction de la collectivité à un organe dont un élément n'a, en ce qui concerne cette activité, qu'une compétence limitée à une partie seulement de la collectivité totale, alors que la compétence d'un second élément s'étend, elle, au contraire – cela toujours pour l'activité considérée – à la collectivité toute entière, puisqu'elle s'étend à la totalité de ses subdivisions : un agent à compétence personnelle partielle, un agent à compétence personnelle totale ; c'est-à-dire bien un agent non central, et même décentralisé (car on admet évidemment qu'il n'est pas soumis à l'autorité d'un organe central supérieur), et un agent central* » (p. 87-88).

alternatif »⁵⁸⁵. Il plaide pour la reconnaissance d'une « hiérarchie "multi-vectorielle" et variable »⁵⁸⁶.

L'Eurosystème a trouvé un qualificatif pour désigner les relations unissant ses composantes : celui de « team »⁵⁸⁷. Le Président Trichet estime que « l'Eurosystème peut être qualifié comme l'une des plus européennes des institutions européennes »⁵⁸⁸. Le choix du mot institution n'est pas neutre et montre en réalité que l'Eurosystème est une entité qui doit être regardée dans sa globalité. Bien évidemment, pour lui, « la BCE a une place à part, en tant que capitaine de l'équipe »⁵⁸⁹. La notion « d'équipe » reflète le rôle central du travail commun dans l'achèvement des buts confiés au système. Ceux-ci se reflètent dans trois déclarations signées par tous les membres du système en 2004 : « La mission de l'Eurosystème », « Les orientations stratégiques de l'Eurosystème » et « les Principes d'organisation de l'Eurosystème », publiés sur le site internet de la BCE⁵⁹⁰. Pour le Président Trichet, ces déclarations sont le symbole du travail en équipe sans lequel l'Eurosystème n'aurait pu remplir ses missions⁵⁹¹. La logique du fonctionnement de cette « team » est de « rechercher l'efficacité et l'effectivité, en utilisant au maximum les ressources disponibles au sein de l'Eurosystème »⁵⁹². Les « Principes d'organisation » sus-évoqués reprennent cette idée et précisent que « Les synergies et les économies d'échelle potentielles doivent être identifiées et réalisées dans la mesure du possible ». Ainsi s'explique la spécialisation inégalitaire qui permet de tirer le meilleur parti de toutes les BCN ou uniquement de certaines mais toujours dans un esprit d'équipe⁵⁹³. Les BCN détentrices d'une fonction spéciale devant

⁵⁸⁵ « Many aspects of EU administration have cooperative, networked or shared elements, and sometimes what might normally be understood as a specific hierarchical relationship (for example, the Commission above the Member States) may in fact sometimes operate in the reverse direction, a little like the model of alternating current (AC) in electricity », ROWE G. C., « Administrative supervision of administrative action in the European Union », précité, p.192.

⁵⁸⁶ « One may instead need to distinguish in some way, then, between (conventional) 'uni-vectorial' hierarchies, which extend in a continuous line form 'top' to 'bottom' and (novel) 'multi-vectorial' and variable hierarchies », *idem*, p. 193.

⁵⁸⁷ Sur ce thème voir notamment l'apport du Président Trichet dans ses discours, TRICHET J.-C., « The Eurosystem: the European Monetary Team » in OENB, *Competition of Regions and Integration in EMU*, 2002, p. 139-148 (http://www.oenb.at/de/img/vowitag_2002_tcm14-8873.pdf) et « The Eurosystem team at ten years », 12 novembre 2008.

⁵⁸⁸ TRICHET J.-C., « The Eurosystem team at ten years », : « the Eurosystem could be called one of the most truly European of all European institutions ».

⁵⁸⁹ *Idem*, « the ECB has a special position: it is the "captain of the team" ».

⁵⁹⁰ www.ecb.int

⁵⁹¹ « The teamwork necessary to successfully master these challenges and the experiences gained in the process contributed to the emergence of a **shared identity which found its concrete expression in the Eurosystem Mission Statement, its Strategic Intents and Organisational Principles**. I regard the signature of this strategic document by all Eurosystem central banks in 2004 to be major achievement of our team and I am sure that Yves shares this view. », TRICHET J.-C., « The Eurosystem team at ten years ».

⁵⁹² *Idem*, « The Eurosystem continues to strive for efficiency and effectiveness, using to the full extent the resources available in the Eurosystem ».

Il précisait en 2002 que « The organisation of the European monetary team according to the principle of decentralisation allows the system to take full advantage of the diversity of its components, by making use of existing knowledge and resources with a view to share competencies and experience and enhance the Eurosystem's identity and corporate culture. », TRICHET J.-C., « The Eurosystem: the European Monetary Team », p. 143.

⁵⁹³ D'ailleurs, dans un discours prononcé pour le lancement de la plateforme unique pour les pièces et billets piloté par la Banque centrale de Belgique, celle du Luxembourg, celle des Pays-Bas et celle de Finlande, le gouverneur Quaden fait explicitement référence à ce principe pour justifier cette spécialisation inégalitaire,

agir au nom, et dans l'intérêt de l'ensemble du système. Dans cette logique, les comités de l'Eurosystème jouent un rôle central car ils permettent au quotidien une convergence des BCN autour de l'intérêt de la zone euro⁵⁹⁴. A ce propos, J.-V. Louis estime que « *La caractérisation de l'Union monétaire comme étant un "travail d'équipe" ("team work") a cependant des limites. La BCE n'est pas une banque centrale supplémentaire. Elle est au centre du système et les BCN apparaissent comme le degré d'une hiérarchie* »⁵⁹⁵. En effet, le concept de team ne saurait éluder les relations intra-systémiques et leur caractérisation. La BCE dispose d'un pouvoir de supervision sur l'ensemble du système et les BCN ont l'obligation de mettre en œuvre ces décisions.

Ainsi, la notion de « système » reste la plus apte à qualifier l'Eurosystème. Elle permet de la voir « *comme un ensemble d'interactions privilégiées entre des éléments, des acteurs ou des groupes d'acteurs* »⁵⁹⁶. L'étude menée autour de la décentralisation a permis d'identifier ces interactions. D'autant que la particularité de cette entrée est de comprendre que le système permet « *de transformer de la diversité en unité, sans annuler la diversité, et aussi de créer de la diversité dans et par l'unité* »⁵⁹⁷. C'est exactement ce que fait l'Eurosystème. Preuve de la logique systémique, qui profite au tout comme aux parties, les BCN sont renforcées par leur participation⁵⁹⁸. Cette étude de l'Eurosystème confirme que l'intégration verticale vise à la construction de systèmes regroupant l'échelon national et l'échelon européen autour d'une hiérarchie perçue comment permettant : « *l'intégration de deux niveaux superposés* »⁵⁹⁹. Ainsi après avoir étudié les relations intra-système, ce sont celles qu'il entretient avec son environnement qu'il faut questionner, notamment avec le sous-système auquel il est intégré et avec les citoyens dont il bat la monnaie.

2

preuve de l'acceptation du mécanisme par les BCN. QUADEN G., « CashSSP – the cash single shared platform », 16 mars 2007 : « *I believe that if the time is not ripe for a top-down decision, there should be room for NCBs – and in particular for medium-sized NCBs – to initiate voluntary collaboration in the development of joint projects and the exploitation of synergies following a bottom up approach. I think also that the long term vision for the Eurosystem calls for a shift from the pure centralisation and decentralisation models that have been applied in the past towards models of pooling and consolidation* ».

⁵⁹⁴ « *The network of the ESCB Committees, which provide assistance to the decision-making bodies of the ECB, plays an important role in forming the co-operation spirit between the central banks of the Eurosystem. This original institutional feature has greatly contributed to the progressive constitution of a shared corporate culture* », *ibidem*.

⁵⁹⁵ L'auteur ajoute : « *une réalité parfois mal ressentie par des BCN, surtout parmi celles relevant de "grands" États membres, qui mettent l'accent sur leur qualité d'actionnaire de la BCE* », LOUIS J.-V., « L'autorité monétaire de la zone euro », précité, p. 283.

⁵⁹⁶ LUGAN J.-C., *La systémique sociale*, Que sais-je ?, 5^{ème} Ed., PUF, Paris, 2009, p. 38.

⁵⁹⁷ *Idem*, p. 42.

⁵⁹⁸ Les gouverneurs des BCN des petits pays ont notamment plus de pouvoirs au sein du système que seuls (voir, HÄMÄLÄINEN S., « The single currency and European integration », 16 octobre 2000).

⁵⁹⁹ MORIN E., *La méthode*, précité, p. 2082.

Titre 2 - Un système indépendant, et responsable ?

Les sociétés modernes sont prises en tenaille entre deux exigences, apparemment, contradictoires : celles de l'efficacité et de la légitimité. Ce tiraillement s'impose par le caractère de plus en plus complexe de la société et consécutivement des tâches incombant à l'Etat. Celui-ci ne peut plus se limiter aux tâches régaliennes. Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, s'est développé l'État providence qui s'est chargé du bien être social, puis l'État régulateur, responsable de limiter les risques inhérents aux problématiques contemporaines⁶⁰⁰. Cependant, de tels changements ont des conséquences institutionnelles dont l'hypertrophie de l'exécutif face au législatif et le développement d'une bureaucratie importante. Cela pose la dialectique légitimité / efficacité : pour continuer à gouverner pour le peuple, il faut s'en éloigner⁶⁰¹.

F. Hayek a mis en garde contre les dérives de l'État qui déciderait de gérer l'ensemble des activités humaines et où il y a une « *tendance à confondre "Etat" et "société"* »⁶⁰². Il prédit la disparition de la démocratie dans sa volonté de vouloir tout gérer au risque de se perdre. Avec « *l'expansion incessante de la machinerie gouvernementale, autrement dit la bureaucratie (...). La démocratie, au moment même où elle semble devoir occuper tous les domaines, devient effectivement impossible au niveau gouvernemental* »⁶⁰³. E. Morin va ainsi jusqu'à considérer que : « *Les démocraties contemporaines sont en dépérissement* »⁶⁰⁴. En réalité, il convient de trouver les formes possibles de cette « biopolitique », comme l'appelait M. Foucault, qui permet de garantir efficacité et légitimité. Il faut alors trouver des nouveaux modes constitutionnels d'organisation du pouvoir⁶⁰⁵.

La délégation à des autorités indépendantes apparaît comme une solution. Elle peut se voir comme le prolongement de la séparation des pouvoirs mais aussi s'adapter aux exigences de sociétés complexes⁶⁰⁶. Ainsi, pour le Professeur Champaud : « *le concept même de régulation*

⁶⁰⁰ Voir *supra*, introduction.

L'auteur inclut la politique monétaire dans le second groupe. Il convient de nuancer car la politique monétaire, et plus généralement l'activité des Banques centrales, a aussi une fonction de stabilisation du marché comme le montre l'action de la BCE sur les marchés obligataires pendant la crise.

⁶⁰¹ « *Government by the people and for the people necessarily entails a strong desire for efficient executive action: our will should be done; at the same time, however, efficient execution of our will can and does undermine the legislative prerogative of value formation, as fundamental logics of implementation override and ignore the very legislative processes which mandated them* », EVERSON M., « Agencies: the 'dark hour' of executive? » in HOFMANN E.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 116-135, ici p. 122.

⁶⁰² HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté – Tome 3 L'ordre politique d'un peuple libre*, PUF, Paris, 1983, 253 p., ici p. 167.

⁶⁰³ *Idem*, p. 175.

⁶⁰⁴ MORIN E., *La méthode*, précité, p. 2364.

⁶⁰⁵ Voir SCOTT C., « Regulatory governance and the challenge of constitutionalism », *EUI Working Paper*, RSCAS 2010/07, 20 p., ici p. 3.

⁶⁰⁶ « *From this perspective it is the excessive concentration of power, rather than diffusion, which is a problem. An alternative way of expressing this insight is to highlight the variety of modes of governance within regulatory regimes and, following insights of the cybernetics, the science of control systems, and in particular the law of requisite variety, seek to institutionalise broader modes of control and accountability which are best able to*

d'une économie de marché postule irréfragablement l'affranchissement de l'action propre de l'organe régulateur par rapport aux pouvoirs étatiques »⁶⁰⁷. Ces nouvelles autorités peuvent aussi être un facteur d'émergence « *d'une démocratie d'impartialité* » et ce fut même l'une des raisons de leur développement⁶⁰⁸. Mais au sein de l'Union, ce phénomène peut aussi être vu comme : « *le signe de l'affaiblissement d'une démocratie européenne déjà malade se muant en une technostructure désincarnée* »⁶⁰⁹.

C'est cependant cette voie qui a été choisie par les rédacteurs du traité de Maastricht rendant la BCE indépendante (Chapitre 1). L'indépendance ne doit pas vouloir dire le sacrifice de la légitimité au profit de l'efficacité. L'indépendance, en droit, conduit inévitablement à l'« *indépendance responsable* »⁶¹⁰ dont les bases juridiques et la pratique par la BCE sont discutables (Chapitre 2).

2

match the governance powers which are targeted. The extension of the hierarchical model of administrative law, seen from this perspective, provides only one possible set of mechanisms and is likely to be incomplete by itself. A broader approach seeks a wider range of institutionalised mechanisms equivalent to constitutional controls », *idem*, p. 8.

⁶⁰⁷ CHAMPAUD C., « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, n° 1, pp. 23-66, ici p. 54.

⁶⁰⁸ L'expression est de P. Rosanvallon, voir sur le développement des autorités indépendantes comme facteur de légitimité, ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, précité, pp. 121-138.

⁶⁰⁹ MEHDI R., « Les aspects institutionnels de la constitution économique européenne » in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 33-57, ici p. 57.

⁶¹⁰ L'expression est de P. Magnette, voir MAGNETTE P., « Quis custodes custodiet ? La Banque centrale européenne entre indépendance et responsabilité », *Cahiers européens de Science Po*, 2000, n° 1, 23 p., ici p. 13.

Chapitre 1 : L'indépendance de la BCE

La monnaie n'a plus de valeur intrinsèque, elle n'est plus faite de métal précieux mais repose sur la confiance, de ceux qui l'utilisent, dans l'institution qui l'émet. La monnaie est aussi un levier politique d'ajustement macroéconomique. Ainsi, les enjeux sont multiples autour de la création d'une institution monétaire. Ils sont décuplés au sein de l'Union européenne, organisation internationale atypique.

La nouvelle institution doit trouver sa place dans le cadre institutionnel existant, tout en permettant de garantir la confiance des citoyens, et des marchés dans leur nouvelle monnaie. C'est, assurément, ce dernier impératif qui a façonné la place de l'institution au sein de l'Union. Poussés par les économistes et certaines demandes nationales, les rédacteurs du traité de Maastricht ont consacré l'indépendance de la BCE (Section 1). Cependant, comme le tout premier chapitre de ce travail l'a montré, ils se sont refusés à faire de l'Union monétaire un pilier à part. Au contraire, celle-ci s'intègre au sein de la Communauté européenne et aujourd'hui de l'Union. Cette intégration a un effet paradoxal sur l'indépendance. Par certains côtés elle oblige à la relativiser alors qu'à d'autres endroits, elle l'accroît (Section 2).

Section 1 - Les fondements de l'indépendance de la BCE

L'indépendance des Banques centrales s'est imposée depuis quelques décennies aussi bien dans la doctrine que dans la pratique. Dans ce domaine, des fertilisations croisées ont eu lieu entre la recherche économique et les institutions monétaires. Ces dernières ont penché en faveur de leur indépendance, comme le montre les travaux du comité des gouverneurs établissant les projets de statuts de l'Eurosystème⁶¹¹. Les origines doctrinales de l'idée d'indépendance des Banques centrales sont fondamentales. Elles mettent en relief les raisons ayant contribué à la consécration de ce précepte (§1). Réceptionné par le traité de Maastricht, ce précepte a été traduit en termes juridiques dans le traité (§2).

§.1 - Les fondements théoriques de l'indépendance des Banques centrales

L'indépendance des Banques centrales est présentée, notamment par la BCE, comme une évidence indispensable. Pourtant, elle repose sur des fondements précis qu'il convient de comprendre afin d'en juger la portée. Ainsi, pour O. Issing, ancien membre du directoire : *« Il y a aujourd'hui un large consensus sur le fait que la stabilité de la monnaie est trop importante pour être laissée à la politique quotidienne, qui devra inévitablement mettre en*

⁶¹¹ Voir Introduction et SCHELLER H.K., « Le Comité des gouverneurs des banques centrales de la CEE et l'unification monétaire européenne », précité, pp. 96-98.

balance différents objectifs, des intérêts divergents et des pressions de court terme »⁶¹². Adepte d'une rhétorique autolégitimante, O. Issing invoque un consensus sur cette question. Sans aller jusque là, l'idée que les organes législatifs et exécutifs – les organes politiques – ne peuvent réellement mener des politiques de long terme s'est développée puis imposée. Les Banques centrales ont été en première ligne de ce débat. Cependant, une pensée majoritaire ne fait pas une vérité. Il faut garder à l'idée que l'économie repose sur des écoles de pensée qui peuvent se contredire. Les tenants de l'indépendance des Banques centrales dominent aujourd'hui. Dans une perspective dialectique des rapports interdisciplinaires, il faut garder en tête cette diversité. On doit cependant reconnaître que, portés par des économistes (A), les bienfaits de l'indépendance des Banques centrales ont été repris, avec prudence évidemment, par la doctrine juridique (B).

A. *Les fondements économiques*

Le dogme de l'indépendance des Banques centrales est fondé sur des raisonnements économiques complexes sur lesquels il serait vain de se pencher en détail. L'objet n'est pas ici d'en discuter la pertinence mais d'en dégager les ressorts afin de comprendre les raisons ayant poussé à son apparition et sa consécration. C'est – au contraire – dans une perspective juridique qu'ils seront recherchés. En effet, c'est en se penchant sur des objets qu'ils partagent avec la discipline juridique que les économistes ont dégagé la nécessité de rendre les Banques centrales indépendantes, notamment du pouvoir politique (1). Le but recherché est celui d'une plus grande efficacité de la politique monétaire, qui repose sur un rapport de confiance avec le marché (2).

1) La méfiance envers le pouvoir politique

L'indépendance des Banques centrales conduit inévitablement à retirer des mains du pouvoir politique, plus précisément des dirigeants élus, les prérogatives monétaires. Un tel résultat est passé par la démonstration de leur incapacité à formuler et mettre en œuvre une politique monétaire ayant des effets à long terme. Deux démonstrations congruentes soutiennent cette conclusion : le débat « *rules versus discretion* » et celui des cycles électoraux.

Les travaux fondateurs sont ceux de F.E. Kydland et E.C. Prescott⁶¹³ dont l'article a « *complètement changé la nature du débat en la matière* »⁶¹⁴. Comme son titre l'indique, cet article oppose un exercice du pouvoir fondé sur des règles et celui fondé sur un pouvoir discrétionnaire. Leur démonstration les conduit à estimer que les performances économiques

⁶¹² « *There is today a broad consensus that stable money is too important to be left to the day-to-day political process, which inevitably will always have to balance different objectives, conflicting interests and short-term pressures* » ITSSING O., « *Should we have faith in central bank* », 26 octobre 2000.

⁶¹³ KYDLAND F.C. & PRESCOTT E.C., « *Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans* », *The Journal of Political Economy*, 1977, Vol. 85 n° 3, pp. 473-492. Pour un résumé clair de cet article voir : LAMOTTE H. & J.-P. VINCENT, *La nouvelle macroéconomie classique*, PUF, 1993, 128 p., pp. 101-104. Pour une mise en perspective de leur travail dans le contexte monétaire : ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, pp. 283-287.

⁶¹⁴ ROSSI S., *Macroéconomie monétaire – Théories et politiques*, précité, p. 284.

sont meilleures lorsque le pouvoir est fondé sur des règles claires⁶¹⁵. Basé sur la théorie des anticipations rationnelles⁶¹⁶, selon laquelle les agents sont capables d'anticiper l'évolution globale de l'économie⁶¹⁷. Leur raisonnement démontre le caractère économiquement sous-optimal du pouvoir discrétionnaire. Ils plaident alors pour la mise en place de règles claires qui devront déterminer les choix des politiques économiques des dirigeants. Il est intéressant de noter qu'au fil des articles démontrant la supériorité du pouvoir par les règles, les dirigeants politiques sont de plus en plus dénigrés. F.E. Kydland et E.C. Prescott précisent « *Les raisons pour lesquels ils ne peuvent avoir un pouvoir discrétionnaire ne sont pas qu'ils sont stupides ou diaboliques* »⁶¹⁸.

Leurs successeurs ne seront pas aussi cléments. Ainsi, dans deux articles parus en 1983, R.J. Barro et D.B. Gordon portent le débat sur le terrain monétaire⁶¹⁹. Ils reprennent la conclusion de F.E. Kydland et E.C. Prescott et l'étendent au domaine monétaire et se basent sur « *la supposition de l'incapacité des dirigeants politiques (...) de s'engager sur leurs actions futures* »⁶²⁰. Il est alors nécessaire de disposer de règles afin de régir la politique monétaire. Dans leur second article, ils vont plus loin et estiment que « *Quand des règles monétaires sont en place, les dirigeants politiques ont la tentation, à chaque période, de "tricher" pour tirer les bénéfices des chocs d'inflation* »⁶²¹. Ils peuvent, à court terme, tirer des profits de chocs d'inflation qui vont leur permettre de tirer des bénéfices économiques⁶²² et personnels. En cela, R.J. Barro et D.B. Gordon, rejoignent la théorie des cycles électoraux.

Cette dernière établit que les politiques économiques varient en fonction des échéances électorales à venir. Ainsi, A. Lindbeck estime que « *plus on s'approche des élections, plus les*

⁶¹⁵ « *We find that a discretionary policy for which policymakers select the best action, given the current situation, will not typically result in the best objective function being maximized. Rather, by relying on some policy rules, economic performance can be improved* », KYDLAND F.C. & PRESCOTT E.C., « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », précité, pp. 473-474.

⁶¹⁶ Cette théorie est aujourd'hui omniprésente en matière monétaire. C'est elle qui permet de conclure à la portée normative de la transparence de la BCE, voir *supra*.

⁶¹⁷ « *Elles sont dites rationnelles dans la mesure où elles sont cohérentes avec les prévisions résultant d'une interprétation pertinente de la théorie économique. Autrement dit, les anticipations se forment comme si les agents utilisant toute l'information disponible, comprenaient la théorie économique et l'utilisaient dans le cadre de leurs prévisions* », LAMOTTE H. & J.-P. VINCENT, *La nouvelle macroéconomie classique*, précité, p. 22. Un tel présupposé explique les rapports entre la Banque centrale et le marché monétaire dont les acteurs sont aguerris à la théorie économique. En revanche, en basant l'indépendance des Banques centrales sur un présupposé de ce type, la théorie éloigne radicalement le citoyen lambda si bien qu'il sera extrêmement difficile de l'y intégrer ensuite.

⁶¹⁸ « *The reason that they should not have discretion is not that they are stupid or evil* », KYDLAND F.C. & PRESCOTT E.C., « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », précité, p. 487.

⁶¹⁹ BARRO R.J. & GORDON D.B., « A Positive Theory of Monetary Policy in a Natural Rate Model », *The Journal of Political Economy*, 1983, Vol. 91 n°4, pp. 589-610 et « Rules, Discretion and Reputation in a Model of Monetary Policy », *Journal of Monetary Economics*, 1983, Vol. 12, pp. 101-121.

Voir aussi, BLEANEY M., « Monetary Targetting and Policy Credibility in a Non-market Clearing Model », *The Economic Journal*, 1991, Vol. 101, pp. 473-483 et THOMPSON E.A., « Who Should Control the Money Supply? », *The American Economic Review*, 1981, Vol. 71 n° 2, pp. 356-361.

⁶²⁰ « *the assumed inability of the policymaker (...) to commit its course of future action* », BARRO R.J. & GORDON D.B., « A Positive Theory of Monetary Policy in a Natural Rate Model », précité, p. 592.

⁶²¹ « *When monetary rules are in place, the policymaker has the temptation each period to 'cheat' in order to secure the benefit from inflation shocks* », BARRO R.J. & GORDON D.B., « Rules, Discretion and Reputation in a Model of Monetary Policy », précité, p. 102.

⁶²² *Idem*, pp. 102-105.

gouvernements sont disposés à prendre des mesures expansionnistes »⁶²³. L'auteur démontre que de telles mesures auront des effets positifs sur les revenus des électeurs et assureront ainsi aux dirigeants un soutien populaire plus grand, en vue de sa réélection⁶²⁴. Certains sont plus radicaux, tel A. Downs qui construit un modèle économique de la démocratie, qui s'oppose à la conception majoritaire. Selon lui : « *en démocratie, les partis politiques conçoivent des politiques uniquement comme un moyen de gagner des votes* », ainsi le gouvernement « *est un entrepreneur vendant des votes contre des politiques* »⁶²⁵. Il se base sur l'idée que les hommes politiques ne recherchent que le prestige et les revenus associés à la fonction⁶²⁶ et il réduit l'idéologie à un biais par lequel les parties peuvent vendre leurs politiques en simplifiant les problèmes pour des votants dans un environnement où l'information est imparfaite⁶²⁷.

L'école américaine dit des choix publics, dans la même lignée, met en avant le fait que les régimes démocratiques ne sont pas à même de garantir des choix économiques efficaces. Les dirigeants élus conduiront des politiques à même de garantir le soutien populaire mais qui ne seront pas économiquement optimales⁶²⁸.

La conjonction de ces deux théories conduit à la nécessité de rendre les Banques centrales indépendantes du pouvoir politique. Le chemin vers ce dogme a été particulièrement bien résumé par le Professeur Goodhart. Eminent spécialiste de la question, il se méfie d'avance de cette doctrine qui pourrait être vue comme une « *panacée indolore* » dont les justification varient telle « *la saveur du mois* »⁶²⁹. Pour lui, elle se justifie car la politique monétaire, dans un environnement de plus en plus complexe, nécessite une vision de long terme et une expertise technique que les gouvernements n'ont pas⁶³⁰. Il est cependant conscient de l'effet d'une telle doctrine, à savoir que « *la popularité de l'idée d'une Banque centrale*

⁶²³ « *the closer we are to an election, the more inclined the government is to take expansionary actions* », LINDBECK A., « *Stabilization Policy in Open Economies Endogenous Politicians* », *The American Economic Review*, 1976, Vol. 66 n° 2, pp. 1-19, ici p. 13. Voir aussi NORDHAUS W.C., « *The Political Business Cycle* », *Review of Economic Studies*, 1975, Vol. 42 n° 2, pp. 169-190.

⁶²⁴ *Ibidem*.

⁶²⁵ « *political parties in a democracy formulate policy strictly as a means of gaining votes* », « *it is an entrepreneur selling policies for votes* », DOWNS A., « *An Economic Theory of Political Action in a Democracy* », *The Journal of Political Economy*, 1957, Vol. 65 n° 2, pp. 135-150, ici p. 137.

⁶²⁶ « *Each political party is a team of men who seek office solely in order to enjoy the income, prestige, and power that go with running the governing apparatus* », *ibidem*.

⁶²⁷ Sur le rôle de l'idéologie, voir *idem*, pp. 141 à 145. Il résume ainsi son propos : « *Each party invents an ideology to attract the votes of those citizens who wish to cut costs by voting ideologically* » (p. 142).

⁶²⁸ « *Globalement, le fonctionnement actuel des régimes démocratiques se traduit par un niveau excessif de dépenses publiques peu efficaces parce qu'ils sont fondés sur l'élection à la majorité simple de décideurs publics qui conduisent avec des managers mal contrôlés des politiques discrétionnaires visant à augmenter les transferts au profit de groupes d'intérêts* », LAMOTTE H. & J.-P. VINCENT, *La nouvelle macroéconomie classique*, précité, p. 98.

⁶²⁹ « *I tried to explain why the enthusiasm for an independent, a more autonomous, Central Bank has arisen. This, therefore, involves setting out the case in favour of it. It is, however, a highly fashionable argument very much in vogue at the moment. Some even regard it as a painless panacea, the obvious way to restore price stability in our countries, without any offsetting loss to growth or output in the medium term* », GOODHEART C.A.E., « *Central Bank Independence* » in GOODHEART C.A.E., *The Central Bank and the Financial System*, MIT Press, Cambridge, 1995, pp. 60-71.

⁶³⁰ « *This exercise requires technical expertise, good model of the economy, discretion, patience and long horizons, none of which government ministers as a collective, irrespective of personality, party or country, have been renowned for possessing* », *idem*, p. 62.

indépendante a, comme conséquences, une méfiance généralisée envers les politiciens »⁶³¹. Il récuse certains arguments qui viennent d'être exposés, les qualifie de cyniques et rappelle la formule de Lincoln : « *you cannot fool all the people, all the time* »⁶³². Au-delà de permettre une meilleure gestion de la monnaie, l'indépendance des Banques centrales renforce leur crédibilité face aux marchés.

2) L'indispensable crédibilité face aux marchés

Les développements précédents s'appuient sur le fait qu'une politique monétaire efficace doit s'inscrire dans le long terme alors que l'horizon des dirigeants politiques est un horizon de court terme. Il est alors indispensable de déconnecter les décisions monétaires des décisions politiques. Un tel mouvement permet d'assurer la crédibilité de la politique monétaire, condition indispensable à son efficacité⁶³³.

Cet aspect est au cœur du raisonnement de R.J Barro et D.B. Gordon. Après avoir démontré l'efficacité d'un gouvernement par les règles, ils s'interrogent sur les conséquences d'une violation de la règle. Pour eux, un tel comportement conduit à une perte de crédibilité des décideurs qui aura pour conséquence des anticipations plus élevées d'inflation dans le futur et ainsi l'incapacité de respecter la règle s'ils le souhaitent⁶³⁴. L'argument a été généralisé et étendu.

Ainsi A. Blinder, ancien membre du Conseil d'administration de la Réserve Fédérale, rappelle que lorsqu'une Banque centrale crédible annonce vouloir lutter contre l'inflation, elle fera *de facto* chuter l'inflation par le biais des anticipations⁶³⁵. Inversement, une banque centrale qui n'est pas crédible voit ses chances d'influencer le marché diminuer. En tant qu'ancien banquier central, A. Blinder précise que, pour une Banque centrale indépendante, la crédibilité participe de sa responsabilité aux yeux de l'opinion publique⁶³⁶⁶³⁷. Il insiste, enfin, sur le fait que l'indépendance d'une Banque centrale ne la rend pas automatiquement crédible face au marché, mais qu'une telle crédibilité doit être gagnée avec le temps⁶³⁸.

Cette exigence a été au centre des préoccupations des premiers membres de la BCE. Ainsi, dès 1999, le Président Duisenberg déclarait : « *Démontrer en pratique que nous sommes capables d'offrir la stabilité des prix est ce qui compte réellement* »⁶³⁹. De même O. Issing rappelait le double rôle de la crédibilité des banques centrales. En premier lieu, elle permet la

⁶³¹ « *There is no doubt but that the popularity of the idea of an independent Central Bank has, as its flip side, a generalised distrust of politicians of all shapes and sizes* », *ibidem*.

⁶³² *Idem*, p. 66.

⁶³³ Pour un résumé de ce raisonnement, voir BLINDER A.S., *Central Banking in Theory and Practice*, MIT Press, Cambridge Massachusetts, 1998, 92p., pp. 55-59.

⁶³⁴ BARRO R.J. & GORDON D.B., « *Rules, Discretion and Reputation in a Model of Monetary Policy* », précité, pp. 108-120. « *the cost of cheating today involves the increase in inflationary expectations for the future* » (p. 108).

⁶³⁵ « *If expectations are rational and the monetary authority has total credibility, the mere announcement of a disinflation campaign will make expected inflation fall abruptly, thereby bringing actual inflation down* », A.S. BLINDER, *Central Banking in Theory and Practice*, précité, p. 63.

⁶³⁶ *Idem*, pp. 63-64.

⁶³⁷ Voir *infra* Chapitre suivant.

⁶³⁸ *Idem*, pp. 64-65.

⁶³⁹ DUISENBERG W.F., « *The past and future of European integration: a central banker's perspective* », précité.

transmission de la politique monétaire⁶⁴⁰. Mais surtout, « *Fondamentalement, la monnaie représente une promesse (...). Cette promesse doit être rendue crédible et – au moins dans les temps modernes – c’est le rôle de la Banque centrale* »⁶⁴¹. Or, pour O. Issing, cette crédibilité est beaucoup plus solide lorsqu’elle est confiée à une institution et non à des hommes. Au moyen de la notion d’institution, il dépasse le débat règles contre discrétion. Faites d’une série de règles encadrant les pouvoirs des individus, les institutions offrent une plus grande crédibilité⁶⁴².

Il faut garder à l’esprit que le consensus décrit ici n’est qu’apparent. S. Rossi réfute ce dogme dans des termes particulièrement durs. A propos de la crédibilité, il déclare « *L’argument qui actuellement revient constamment dans le débat de politique monétaire repose de manière désopilante sur la notion – abusée – de crédibilité, en ce qui concerne notamment l’action des institutions gouvernementales* »⁶⁴³. Au terme d’une analyse spécifique de la monnaie, il conclut qu’« *à la lumière de la distinction entre monnaie et crédit mise en exergue par l’examen du mécanisme des règlements interbancaires, le question de l’indépendance de la banque centrale se révèle être finalement un faux problème* »⁶⁴⁴. Ainsi, pour lui, « *L’ampleur de ces questions est aujourd’hui ahurissante* » alors que « *leur place dans l’économie du système national des paiements est logiquement insignifiante* »⁶⁴⁵. Une telle voix discordante est là pour rappeler que l’indépendance des Banques centrales n’est pas une vérité mais un dogme issu d’un débat académique et pratique au sein de la science économique. Ce débat a ensuite débordé de cette sphère pour s’étendre à la sphère juridique.

B. Les fondements juridiques

Avant que n’apparaisse l’idée de l’indépendance des banques centrales en économie, la question n’avait pas de sens en droit. Ainsi, la question est absente du rapport Werner qui faisait du Conseil, assisté du Comité des gouverneurs avec un rôle consultatif, l’instance de décision en matière monétaire⁶⁴⁶. Le débat a été importé depuis l’économie et s’est imposé en

⁶⁴⁰ « *A further complicating factor, that is not always appreciated is that the central bank's credibility is itself part of the transmission mechanism of monetary policy. The linkage between the policy actions it takes, and the effects of these actions, depends in part on how credible the central bank is* », ISSING O., « *The ECB and its watchers* », 17 juin 1999.

⁶⁴¹ « *Fundamentally, money represents a promise. It requires trust by the users of money in the issuer of money to honour this promise. Money is built on trust, but in turn trust must be built on solid foundations. The promise must be made credible and this - at least in relatively modern times - is the job of central bankers* » ITSSING O., « *Should we have faith in central bank* », 26 octobre 2000.

⁶⁴² « *Institutions themselves represent a set of rules. They are a way to reduce reliance on individual moral behaviour in the pursuit of desirable objectives. They clearly delineate the power of individuals and limit their discretion in the exercise of power. As a consequence, institutions - if designed appropriately - should in general prove to be more reliable and durable carriers of trust and reputation than can be expected for individuals* », *ibidem*.

⁶⁴³ ROSSI S., *Modalités d’institution et de fonctionnement d’une banque centrale supranationale – Le cas de la Banque centrale européenne*, précité, p. 276-277.

⁶⁴⁴ *Idem*, p. 281.

⁶⁴⁵ *Idem*, p. 280.

⁶⁴⁶ Voir *Rapport au Conseil et à la Commission concernant la réalisation par étapes de l’Union économique et monétaire « Rapport Werner* », Luxembourg, 9 octobre 1970, pp. 18-19 et 22-23.

droit. On retrouve des arguments assez similaires à ceux utilisés en économie (1). Ce débat a aussi trouvé, dans la construction européenne, un terreau fertile sur lequel se développer (2).

1) La reprise juridique des fondements économiques

Deux types de fondements sont repris afin de justifier l'indépendance des Banques centrales. Les premiers concernent le débat plus global autour de l'efficacité des organes indépendants par rapport aux gouvernements. Les seconds reprennent ces arguments dans le contexte spécifique de la matière monétaire.

Le cynisme vis-à-vis du pouvoir politique, évoqué par le C. Goodhart, se retrouve aussi dans la doctrine juridique. Le Professeur Ackerman, dans un article consacré à un nouveau type de séparation des pouvoirs, transpose en droit les arguments économiques de l'inefficacité du pouvoir politique⁶⁴⁷. Il prêche pour une séparation fonctionnelle des pouvoirs où, à côté des trois pouvoirs traditionnels, il y aurait un « *pouvoir d'intégrité* » chargé de vérifier que le gouvernement n'abuse pas de ses prérogatives et un « *pouvoir régulateur* » chargé de la tâche de la mise en œuvre des actes législatifs⁶⁴⁸. Les prérogatives de cette dernière branche ne sont pas clairement définies, elle semble vouée à l'exécution des lois, et notamment dans les domaines techniques où le Parlement ne peut légiférer dans tous les détails⁶⁴⁹.

L'un de ses arguments phare est sa méfiance vis-à-vis du pouvoir politique. Cependant, là où les économistes se basaient sur des raisonnements mathématiques et statistiques, B. Ackerman se base sur une maxime simple « *toutes les vertus humaines sont associées à des vices humains* »⁶⁵⁰. Ainsi, les hommes politiques seraient, à la fois, poussés à avantager les intérêts de ceux qui les supportent mais aussi inaptes – et ravis de l'être – à décider de manière précise et documentée⁶⁵¹. Il en conclut alors que, de même qu'en économie l'intervention des dirigeants politiques est sous-optimale, « *la liberté d'intervenir des politiciens aura donc, de manière prévisible, des effets toxiques sur l'État de droit* »⁶⁵². Il est ainsi nécessaire de créer une branche régulatoire confiée à des bureaucrates. Ces derniers ne

⁶⁴⁷ ACKERMAN B., « The new separation of powers », *Harvard Law Review*, 2000, Vol. 113 n° 3, pp. 633-729. Il cherche, par ce biais, à assurer un fonctionnement plus efficace des institutions (« *to assure that bureaucratic government redeems its central claims to integrity and expertise in regulating for the public interest* », p. 641).

⁶⁴⁸ « *From the side of functional specialization, the center is constrained not only by an independent court system, but also by an integrity branch scrutinizing the government for corruption and similar abuses, as well as a regulatory branch forcing the bureaucracy to explain how its supplemental rulemaking will actually improve upon the results generated by the invisible hand* », *idem*, p. 727.

⁶⁴⁹ « *What is required is a constitutional design that accepts the need for supplementary bureaucratic lawmaking in the ongoing regulatory enterprise but that self-consciously confronts the serious legitimation problems involved* », *idem*, p. 696.

⁶⁵⁰ « *with every human virtue comes associated human vices* », *idem*, p. 688.

⁶⁵¹ « *Precisely because our hypothetical politician is a democrat, she is extremely interested in winning the next election – and consequently she will be tempted to bend the law in favor of her particular supporters, especially those with resources crucial for her reelection campaign. Apart from these predictable partisan motivations, politicians simply lack the time to shift the relevant facts; insofar as they are concerned with the merits of an issue, they are much more likely to consider how the facts appear to the general public than the way they look after disciplined and sustained investigation* », *idem*, p. 688-689.

⁶⁵² « *Unfettered political intervention will, then, have predictably toxic effects on the rule of law* », *idem*, p. 689. Il rajoute : « *The more they intervene in the implementation of the laws, the less impartial, and the more ignorant, the implementation will become. Worse yet, the more time politicians spend on bureaucratic politics, the less they will devote to the lawmaking function that only they can legitimately exercise: the elaboration of basic values* » (*ibidem*).

sont pas liés par les échéances comme le sont les politiciens, ils sont alors plus à même de mettre en œuvre les lois⁶⁵³. Elle permet aussi de réunir le professionnalisme et l'expertise qu'exige la tâche qui lui est confiée et qui garantira, par là même, sa légitimité⁶⁵⁴. B. Ackerman, dans la suite de son propos, l'illustre par l'exemple de la Réserve Fédérale américaine⁶⁵⁵. Les développements auquel il se livre sont intéressants mais leurs fondements sont assez fragiles. Il serait facile de retourner l'argument et de se demander pourquoi les bureaucrates ne sont pas atteints des mêmes vices que les politiciens. On retrouve là le cynisme de certains économistes.

De manière plus pragmatique, et moins dogmatique, ces problématiques sont reprises autour du thème des agences et de la régulation. Inspirée à l'origine du développement des agences exécutives au Etats-Unis, cette doctrine s'est répandue. En Europe, elle a été particulièrement portée par G. Majone⁶⁵⁶. Les fondations de son raisonnement sont reprises de l'économie. Le Professeur Everson, s'inscrivant dans la lignée de G. Majone, reconnaît explicitement que « *La pierre angulaire sur laquelle ce débat repose est celle de "l'efficacité micro-économique"* »⁶⁵⁷. Cette école oppose deux types de tâches qui incombent aux décideurs publics : celles de redistribution et celles de régulation. Les seconde ne cherchent qu'à « *augmenter le bien être social total* »⁶⁵⁸, toutes les autres appartiennent à la première catégorie. Ils estiment alors que cette fonction de régulation, du fait de ses spécificités, doit être retirée des prérogatives gouvernementales⁶⁵⁹. Par ce biais, la crédibilité des nouvelles institutions mises en place serait assurée⁶⁶⁰.

⁶⁵³ Voir, *idem*, p. 698.

⁶⁵⁴ « *As we have seen, the case for functional separation presupposes the value of scientific knowledge and professional experience in the modern regulatory effort. (...) A serious constitution for the modern state should take aggressive steps to assure that bureaucratic pretensions to expertise are not merely legitimating myths, but hard-earned achievements* », *idem*, p. 696.

⁶⁵⁵ *Idem*, p. 711.

⁶⁵⁶ Voir notamment, MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité.

⁶⁵⁷ « *The cornerstone upon which this normative debate is founded is that of 'micro-economic efficiency'* » EVERSON M., « *Independent Agencies: Hierarchy Beaters?* », précité, pp. 181-182. L'auteur fait référence à MAJONE G., « *Independence vs. Accountability ? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Governments in Europe* », *EUI Working Papers in Political and Social Science*, 1994 n° 94/3.

D'ailleurs, dans un autre article (« *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions* », *EUI Working Papers*, 1996, n°96/57, 14p.) le G. Majone fait explicitement référence aux travaux de l'école de choix publics, et notamment à Milton Friedman, et à l'article de Kydland et Prescott évoqué au paragraphe précédent.

⁶⁵⁸ « *increasing aggregate social welfare* », *idem*, p. 183.

G. Majone oppose « *la fonction de redistribution* » de « *la fonction de stabilisation* » et de « *la fonction régulatrice* ». La première comprend « *les transferts de ressources d'un groupe social à un autre* », la seconde « *le maintien d'un niveau satisfaisant de croissance économique, d'emploi et de stabilité des prix* » (dont la monnaie) et la dernière « *tente de corriger les diverses formes de "déficience du marché"* » (MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 13). La frontière entre les deux dernières fonctions est relativement poreuse et il est plus juste de se ranger derrière la classification du Pr. Emerson. D'ailleurs, l'auteur l'inclut parmi les « *Regulatory Networks* », le SEBC (voir G. MAJONE, « *Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions* », précité).

⁶⁵⁹ « *ces autorités seraient justifiées par le besoin simultané d'une compétence dans les domaines d'une grande complexité ou d'une haute technicité, et d'une fonction de régulation ou d'arbitrage qui ne convient pas pour un organe de gouvernement (...) il serait utile de séparer les autorités de régulation des gouvernements chaque fois que l'on souhaite libérer l'administration de la politique partisane et de l'influence des partis politiques* », MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 35.

⁶⁶⁰ « *what today may be the main reason for delegating responsibilities to independent institutions: to achieve policy credibility at a time when it is becoming increasingly difficult to impose policy objectives by legislative or*

Au-delà de ces considérations générales sur l'évolution des modalités contemporaines d'exercice du pouvoir, la doctrine juridique propre aux Banques centrale s'appuie sur certaines conclusions issues de sa consœur économique mais sans les reprendre à son compte. Beaucoup constatent que l'indépendance est un dogme issu de l'économie, en rappellent les fondements théoriques, sans en faire des fondements juridiques.

Ainsi, J.-V. Louis évoque : « *l'idée qu'une banque centrale doit être libre d'interférence de la part de ceux qui ont intérêt à une création monétaire* »⁶⁶¹ avant de faire explicitement référence à la doctrine économique. Il est suivi dans une telle démarche prudente quant aux fondements de l'indépendance des Banques centrales par une grande partie de la doctrine⁶⁶².

Rares sont ceux qui reprennent strictement à leur compte les justifications économiques. C. Zilioli, lorsqu'elle évoque l'indépendance des Banques centrales, s'inscrit clairement dans une reprise juridique des arguments économiques : « *Une nouvelle forme d'intervention publique était donc requise, différente de celle des politiques d'aide sociale, capable de gérer des problèmes extrêmement techniques et de poursuivre des objectifs de long terme, tout en évitant délibérément le risque de politisation* »⁶⁶³. Ainsi, deux attitudes se dégagent, une certaine prudence face au dogme de l'indépendance – l'expliquer sans le justifier juridiquement – ou la reprise des arguments économiques comme des arguments juridiques. Une telle démarche est particulièrement appropriée dans l'Union européenne où les deux types d'arguments ont été intimement mêlés dès les origines.

2

administrative fiat », G. MAJONE, « Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions », précité.

⁶⁶¹ LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 62.

⁶⁶² Voir ainsi R. Smits qui évoque le « *Theoretical background* » et notamment « *Economic and legal writings* » (dans lesquels on ne trouve que très peu d'écrits juridiques) pour justifier de l'indépendance (SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 152-154). De même, F. Martucci sépare la rubrique « *Justifications économique* » (qui reprend les principales théories décrites au A) qui précède celle relative à la « *Consécration juridique* » (MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », précité, §13-14). Voir aussi, ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale », précité, p. 620-621 et de HAAN J. & GORMLEY L., « The democratic deficit of the European Central Bank », *ELR*, 1996, Vol. 21 n° 2, pp. 95-112, ici p. 109-111, DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, précité, pp. 93-96.

⁶⁶³ ZILIOLI C., « Accountability and Independence : Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank », *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 395-422, ici p. 396. L'auteur fait référence en note de bas de page aux écrits de G. Majone.

2) L'indépendance inscrite dans la lignée des rapports entre droit et économie au sein de l'Union

Les fondements de l'indépendance de la Banque centrale européenne doivent aussi être recherchés dans le contexte de l'Union européenne. Ce n'est pas sans raison que la BCE est considérée par beaucoup comme la banque centrale la plus indépendante du monde⁶⁶⁴. Il y a un lien de filiation naturel entre les arguments en faveur de l'indépendance des banques centrales et la construction européenne, notamment à travers le modèle allemand. Il y a une continuité idéologique entre certains fondements théoriques de la construction européenne, à savoir la pensée ordolibérale allemande, et la consécration de l'indépendance de la BCE. D'ailleurs, la doctrine rappelle fréquemment qu'une telle indépendance était une revendication du gouvernement allemand qui a pesé dans la consécration constitutionnelle de ce dogme⁶⁶⁵.

La doctrine ordolibérale a été forgée à Fribourg, dans l'Allemagne des années trente, avec le souci de repenser la société pour éviter les crises économiques, politiques et sociales – et notamment l'hyperinflation – sévissant à cette période⁶⁶⁶. Composée d'économistes et de juristes, ils ont cherché à repenser les rapports entre droit et économie. Ils opèrent un renversement conceptuel des rôles respectifs de l'État et du marché. L'État ne doit plus être la limite du marché, mais le marché la limite de l'État⁶⁶⁷. Le rôle du droit se limite alors à poser les règles indispensables au fonctionnement de l'économie et les gouvernants doivent limiter leurs interventions aux besoins du marché⁶⁶⁸. Comme le résume M. Foucault : « *Il s'agit (...) de référer, de projeter sur un art général de gouverner les principes formels d'une économie de marché* »⁶⁶⁹. C'est ainsi que se forge l'idée d'une constitution économique qui est alors

⁶⁶⁴ Voir infra paragraphe suivant.

⁶⁶⁵ Comme le dit J.-V. Louis, à propos de l'indépendance : « *Comment expliquer l'unanimité des auteurs du Traité à ce sujet ? Nous ne croyons pas qu'un seul facteur ait pu motiver ce ralliement. Il y a, en effet, un pluralité de causes à l'origine de la consécration de l'indépendance dans le traité et il est difficile d'établir une hiérarchie. Il est cependant incontestable que le "modèle allemand" a joué un grand rôle dans l'orientation favorable à la création d'un système de banques centrales indépendantes* », LOUIS J.-V., « Indépendance des Banques centrales, séparation des pouvoirs et démocratie » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 459-481. Pour F. Allemand : « *les autorités allemandes (...) ont fait de la reprise du modèle de la Bundesbank, indépendante et chargée de veiller à la stabilité des prix, la condition de leur participation* », ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale », précité, p. 621. Certains vont plus loin et affirment que : « *the statutes of the ECB are largely modelled after the law governing the Bundesbank* », de HAAN J. & GORMLEY L., « The democratic deficit of the European Central Bank », précité, p. 95.

⁶⁶⁶ Voir GERBER D.J., « Constitutionalizing the economy : german neo-liberalism, competition law and the "new" Europe », précité, pp. 27-38. « *Ordoliberals focused not only on the institutional and political failures of the Weimar and Nazi periods, but on the intellectual failures implicated in them. They saw contemporary economic and legal thought as fundamentally flawed, and a major part of their agenda was to expose those flaws and thereby avoid them in the future* », p. 33.

⁶⁶⁷ « *Autrement dit, au lieu d'accepter une liberté du marché, définie par l'État et maintenue en quelque sorte sous surveillance étatique (...), eh bien, disent les ordolibéraux, il faut entièrement retourner la formule et se donner la liberté du marché comme principe organisateur et régulateur de l'État (...). Autrement dit, un État sous surveillance du marché plutôt qu'un marché sous surveillance de l'État* », FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, précité, p. 120.

⁶⁶⁸ Voir, GERBER D.J., « Constitutionalizing the economy : german neo-liberalism, competition law and the "new" Europe », précité, p. 46.

⁶⁶⁹ FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, précité, p. 137.

« une décision politique sur le type d'économie qu'une communauté souhaite »⁶⁷⁰ et qui permet alors de limiter l'action de l'État aux principes qu'elle contient. La pensée ordolibérale a eu un impact sur la reconstruction de la légitimité de l'État allemand, dans laquelle la prospérité joue un rôle clé et vient fonder – en partie – la souveraineté retrouvée de l'Etat⁶⁷¹. Cet aspect est fondamental pour comprendre le rôle symbolique fort joué par la monnaie, et la stabilité monétaire apportée par la Bundesbank, et la fonction légitimante que certains accordent à la stabilité monétaire. Au-delà du contexte allemand, les théories ordolibérales ont eu une influence sur la construction européenne. Pour C. Joerges, les ordolibéraux ont « pleinement adopté le projet d'intégration, l'encourageant de toutes leurs forces, et insérant leurs vues dans cette nouvelle institution »⁶⁷².

D'un point de vue théorique, et humain, il y a une réelle continuité entre les orientations ordolibérales et le néolibéralisme américain, notamment l'Ecole des choix publics de Chicago que Michel Foucault qualifiera d' « anarcho-libéralisme »⁶⁷³, par le biais de la présence dans les deux écoles de F. A. Hayek. La pensée de ce dernier reflète la continuité – voir la radicalité – des deux écoles. Pour lui la démocratie, telle qu'elle est pratiquée, « court à sa chute et (...) s'effondrera, non à grand bruit mais à bout de souffle »⁶⁷⁴. Il dénonce notamment la soumission des institutions démocratiques aux groupes d'intérêts⁶⁷⁵. F. A. Hayek théorise ainsi la supériorité de l'économie sur le droit. Partant de l'idée que l'ordre spontané du marché est le seul à même d'ordonner une complexité que ni le cerveau humain, ni les institutions ne peuvent saisir⁶⁷⁶, le droit doit alors être le reflet des règles⁶⁷⁷ que dégage

⁶⁷⁰ « a political decision about the kind of economy a community wants », GERBER D.J., « Constitutionalizing the economy : german neo-liberalism, competition law and the "new" Europe », précité, p. 44. Sur le concept de constitution économique voir *supra*, Chapitre 1 du Titre 1 de la Première partie.

⁶⁷¹ « En fait, dans l'Allemagne contemporaine, l'économie, le développement économique, la croissance économique produit de la souveraineté, produit de la souveraineté politique par l'institution et le jeu institutionnel qui fait précisément fonctionner cette économie. L'économie produit de la légitimité pour l'État qui en est le garant. », FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, précité, pp. 85-86.

⁶⁷² JOERGES C., « La Constitution économique européenne en processus et en procès », précité, p. 255.

D.J. Gerber rappelle que W. Hallstein, l'un des fondateurs des Communautés et premier Président de la Commission, était influencé par l'ordolibéralisme et notamment par W. Eucken l'un des piliers de l'Ecole de Friburg. Il en va de même pour H. von der Groeben, l'un des rédacteurs du rapport Spaak et Muller-Armack qui a représenté les gouvernements allemands auprès des institutions européennes (GERBER D.J., « Constitutionalizing the economy : german neo-liberalism, competition law and the "new" Europe », précité, p. 72). Il résume ainsi l'influence ordolibérale : « Although they supported the process, ordoliberals did not provide the primary political impetus for establishing a European common market. Credit here goes to leaders such as Jean Monnet and Robert Schuman of France and Paul-Henri Spaak of Belgium. Ordoliberal thought did, however, provide a comprehensive and theoretically grounded set of ideas that helped give legal and institutional form to general political goals. It supplied a framework for the process of European integration that has been highly influential among most Germans involved in European unification and has influenced other leaders as well », *idem*.

⁶⁷³ FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, précité, p. 166.

⁶⁷⁴ HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté – Tome 1 Règles et ordre*, précité, p. 3.

⁶⁷⁵ Voir notamment HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté – Tome 3 L'ordre politique d'un peuple libre*, précité, pp. 1-23. « Les électeurs d'une "législature" dont les membres sont principalement préoccupés de gagner et retenir les votes des groupes particuliers en leur procurant des avantages spéciaux, ces électeurs se soucieront fort peu de ce que d'autres recevront et ne penseront qu'à ce qu'ils peuvent eux-même obtenir dans le marchandage », p. 10.

⁶⁷⁶ Voir HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté – Tome 1 Règles et ordre*, pp. 9-39.

⁶⁷⁷ Voir sur cette notion, *idem*, pp. 50-54.

l'ordre spontané⁶⁷⁸. Les règles que le droit devra saisir seront celles capables de créer un ordre efficace⁶⁷⁹. Or, « seule l'économie a développé une technique théorique adéquate pour l'étude de tels ordres abstraits spontanés »⁶⁸⁰. Il est alors nécessaire de s'appuyer sur l'économie pour fonder les ordres juridiques.

Ce renversement conceptuel entre droit et économie est non seulement à la base du fondement des Communautés – comme le montrent les origines ordolibérales du projet européen – mais aussi de l'indépendance des Banques centrales où la doctrine économique soumet l'organisation des pouvoirs publics à l'efficacité économique. Il est indispensable de saisir dans ce contexte le dogme de l'indépendance. Car, comme F. Amtenbrink et K. van Duin le rappelle : « Alors qu'il y a un débat économique convaincant en faveur de l'indépendance des Banques centrales, (...) il n'y a pas de théorie juridique universelle selon laquelle une Banque centrale chargée de la conduite de la politique monétaire doit être indépendante »⁶⁸¹. Le paradigme de la traduction, en tant que base des rapports interdisciplinaires, invite à la prudence quant à la réception en droit de concepts issus de l'économie. Perçu comme particulièrement riche pour l'étude du droit européen⁶⁸², l'idée de traduction est particulièrement féconde pour les rapports interdisciplinaires⁶⁸³. Simplement définie comme l'opération permettant de « transférer, dans une langue "cible", un message émis dans une langue "source" »⁶⁸⁴, la traduction permet de réfléchir sur le passage de concepts d'une discipline à l'autre⁶⁸⁵. I. Lianos offre certaines clés pour appréhender la traduction entre droit et économie. Il invoque le concept d'hospitalité langagière, forgée par Paul Ricoeur, selon laquelle il s'agit d'une « approche dialectique » rejetant « toute attitude de domination d'un

⁶⁷⁸ « les principes et postulats qui orientent le développement du droit proviennent inévitablement pour partie d'en dehors du domaine du droit, et ils ne peuvent être utiles que s'ils sont basés sur une vue correcte de la façon dont les activités au sein de la Grande Société peuvent être effectivement ordonnées », idem, p. 82.

⁶⁷⁹ « la supériorité de certaines règles deviendra évidente en partie parce qu'elles créeront un ordre efficace non seulement au sein d'un groupe fermé, mais aussi entre des gens qui se rencontrent par hasard et ne se connaissent par personnellement », idem, p. 119.

Dans le second tome, il résume ainsi sa pensée : « ce sera l'ensemble des règles effectivement observées dans une société donnée, qui déterminera quelle règle particulière il sera rationnel de faire respecter, ou souhaitable de rendre obligatoire », HAYEK F.A., *Droit, législation et liberté – Tome 2 Le mirage de la justice sociale*, PUF, Paris, 1981, 221 p. ici p. 61.

⁶⁸⁰ *Idem*, p. 138.

⁶⁸¹ « While there is an overall convincing economic case for central bank independence, (...) there is no universal legal theory according to which a central bank charged with the conduct of monetary policy has to be independent », AMTENBRINK F. & van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », *ELJ*, 2009 n° 34, pp. 561-583, ici p. 564.

⁶⁸² Voir sur ce thème l'ouvrage BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H. & OST F., *traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre – hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2009, 678p.. Sur la traduction voir OST F., « Les détours de Babel – La traduction comme paradigme », (<http://www2.academieroyale.be/academie/documents/CB2010docpostlimOST6431.pdf>), sur les rapports entre disciplines, 53p., voir, pp. 4-7.

⁶⁸³ Voir plus généralement sur les rapports interdisciplinaires : DUMONT H. & BAILLEUX A., « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2012/2 n° 75, pp. 275-293.

⁶⁸⁴ BAILLEUX A., « Traduction et droits européens – premiers jalons » in BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H. & OST F., *traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre – hommage au recteur Michel van de Kerchove*, précité, p. 17-34, ici p. 19.

⁶⁸⁵ Celles-ci étant incluses dans la notion de « langue », entendue alors au sens large.

langage sur l'autre »⁶⁸⁶. Ensuite, « *La traducteur ne doit pas se fier à l'interprétation dominante du discours mais doit rendre compte de toutes ses facettes, ses identités* »⁶⁸⁷. De même, dans des travaux antérieurs, le Professeur Walker soumettait la traduction à trois exigences : une connaissance profonde de ce qui doit être traduit, notamment par le savoir sur le contexte de base et celui de réception, une possibilité de comparer les deux notions en se basant sur leurs signifiés communs et enfin la « *plausibilité* » de la traduction⁶⁸⁸.

L'indépendance des Banques centrales est une « *importation* »⁶⁸⁹ du droit depuis la théorie économique qui a conduit à ce qu'A. Bailleux appelle une « *duplication* » c'est à dire « *la transplantation "brute" d'une notion issue d'une langue source. Ce qui fait ici défaut, c'est l'adaptation du message extérieur, nécessaire à son insertion harmonieuse dans l'univers cible* »⁶⁹⁰. Intégrée dans le traité à des fins d'adhésion de l'Allemagne, notamment, au projet d'union monétaire et sous l'effet des propositions des gouverneurs de banques centrales et de la théorie économique, l'indépendance a peu été pensée, en amont, d'un point de vue juridique. Or, l'indépendance des Banques centrales telle que forgée en économie est intrinsèquement porteuse de paradoxes pour le droit. Elle se fonde sur l'idée que la démocratie – base du droit – est mauvaise pour l'économie et en filigrane impose la domination de l'efficacité économique sur le droit. C'est pour cela que les juristes abordent quasiment systématiquement la question de l'indépendance avec celle de la responsabilité de la BCE. Il s'agit de compenser le manque criant de traduction de la notion en droit en ajoutant *ex post* les exigences de légitimité inhérentes au système juridique. En effet, le traité donne la priorité à une assise constitutionnelle extrême solide de cette indépendance.

⁶⁸⁶ LIANOS I., « Transplants économiques en droit communautaire et le paradigme de la traduction » in BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H. & OST F., *traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre – hommage au recteur Michel van de Kerchove*, précité, pp. 355-385, ici p. 359.

À propos de cette approche dialectique, il précise : « *L'incorporation dans le système juridique de normes d'autres systèmes sociaux ne doit pas être épisodique, mais doit procéder d'une relation dialectique continue entre ces différents systèmes et les sciences respectives les auto-décrivant, c'est-à-dire le droit et l'économie. Cela implique en pratique que l'interaction entre le système juridique ne se fasse pas uniquement au moment où la norme économique est incorporée au système juridique. Elle doit être continue, le juriste se référant sans cesse à l'évolution de cette norme dans le cadre de son environnement d'origine, le système économique* », p. 365.

⁶⁸⁷ *Idem*, p. 367.

⁶⁸⁸ « *the very idea of a good translation involves three things. First, it involves a 'thick' conception of what is to be translated, in the sense of a detailed hermeneutic understanding both of the context in which it was originally embedded and of the new context for which it is destined. Secondly, it involves some non-linguistic or meta-linguistic way of comparing these 'thick' contexts – of working out what is commonly or equivalently signified by these different local signifiers. Thirdly, the translation must be plausible to those who can claim membership of both linguistic community* », WALKER N., « Postnational constitutionalism and the problem of translation » in WEILER J.H.H. & WIND M., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 27-54, ici p. 37.

⁶⁸⁹ BAILLEUX A., « Traduction et droits européens – premiers jalons », précité, p. 30 : « *l'importation, c'est-à-dire l'intégration volontaire d'un certain nombre de "messages externes" aux fins de leur utilisation dans la construction des droits européens* ».

⁶⁹⁰ *Idem*, p. 33.

§.2 - Les fondements constitutionnels de l'indépendance de la BCE

Une fois adopté, le principe de l'indépendance de la banque centrale doit être traduit en termes juridiques dans le traité. Pour cela, il faut à la fois garantir une marge de manœuvre à l'institution et s'assurer qu'elle ne sera ni poussée, ni influencée dans le cadre de ses compétences. C'est ainsi que sont construites les dispositions institutionnelles du traité (A). Au-delà, les dispositions conférant à la Banque centrale sa compétence et ses objectifs lui laissent une marge de liberté nécessaire à l'accomplissement de sa tâche en toute impartialité. Par leur construction, ces dispositions octroient à la BCE un pouvoir discrétionnaire (B).

A. *L'indépendance de la BCE garantie par le traité*

L'indépendance de la Banque centrale européenne est un acquis du traité de Maastricht. Le traité, et les Statuts, contiennent les bases constitutionnelles conférant à la BCE son indépendance. Depuis la première étude J.-V. Louis sur ce thème, l'indépendance est toujours mesurée à partir de quatre facteurs : l'indépendance institutionnelle, matérielle, personnelle et financière⁶⁹¹. La même classification est utilisée par la BCE dans ses rapports sur la convergence⁶⁹². Ces aspects ayant été déjà traités, ici⁶⁹³ et ailleurs⁶⁹⁴, ils seront abordés rapidement.

1) L'indépendance institutionnelle

Elle vise à garantir que la BCE pourra agir de manière autonome sans tutelle ni menace d'influence de la part des États ou des institutions. Le cœur de cette autonomie est couché dans l'article 130 du TFUE qui prohibe aux institutions et aux États de donner des instructions aux membres dirigeants de la BCE et – le cas échéant – impose à ces derniers de les accepter ou de les solliciter. Mais au-delà, la BCE doit avoir une capacité d'action propre qui passe par la reconnaissance de sa personnalité juridique (article 283 paragraphes 3 du TFUE). Elle se voit aussi reconnaître un pouvoir normatif, conformément à l'article 132 paragraphe 1 du TFUE. L'indépendance institutionnelle vise à confier à la BCE les outils juridiques à l'accomplissement de sa mission et garantir qu'elle ne sera pas entravée dans ce cadre.

⁶⁹¹ *Vers un système européen de Banques centrales – Projet de dispositions organiques*, précité, pp. 25-28. J.-V. Louis reprend cette classification dans ses écrits ultérieurs (voir LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 64). Il rajoute une cinquième catégorie : l'indépendance de gestion interne, notamment liée au personnel de la BCE. Il est suivi par le reste de la doctrine, voir SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, pp. 155-158. F. Martucci utilise une classification voisine entre l'indépendance institutionnelle, l'indépendance fonctionnelle (qui se décompose entre l'indépendance juridique et l'indépendance financière) et l'indépendance personnelle (qui comprend aussi la gestion du personnel) (MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », précité, §§15-23). Frederic Allemand décompose l'indépendance en : institutionnelle, personnelle, financière et opérationnelle (qui recouvre la catégorie de l'indépendance matérielle), (ALLEMAND F., « La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale », précité, p. 619).

⁶⁹² Voir *supra* Chapitre 2 du Titre 1 de cette partie.

⁶⁹³ Voir sur l'indépendance le Chapitre 2 du Titre 1 de la Première partie.

⁶⁹⁴ Voir les références citées deux notes au-dessus.

2) L'indépendance matérielle

Cette catégorie exige une compétence propre clairement définie confiée à la Banque centrale et la capacité opérationnelle de celle-ci mener à bien ses missions. Ainsi, la BCE se voit confier une compétence monétaire assez large⁶⁹⁵. Elle est symbolisée par l'objectif prioritaire de maintien de la stabilité des prix assigné à la BCE. Dans la poursuite de cet objectif, les Statuts octroient à la BCE la capacité d'effectuer un certain nombre d'opérations sur le marché monétaire. Ainsi, les articles 17 à 20 des Statuts autorisent la BCE à ouvrir des comptes pour les contreparties, mener des opérations d'*open-market*, leur imposer des réserves obligatoires et d'autres opérations que le conseil des gouverneurs jugera nécessaires. Ainsi dotée, la BCE dispose des outils afin de remplir sa mission.

3) L'indépendance personnelle

L'indépendance personnelle est double. Elle recouvre à la fois le statut des membres des organes dirigeants de la Banque centrale et celui de son personnel. Les membres du directoire, comme ceux du conseil des gouverneurs, sont protégés contre des pressions externes par des dispositions garantissant leur neutralité. Le mode de nomination des membres du directoire leur garantit une certaine neutralité, puisqu'ils sont nommés à la majorité qualifiée par le Conseil européen. La majorité qualifiée établit ici une certaine neutralité dans le choix et évite les marchandages trop longs qui accompagnent souvent l'unanimité. Cependant, les conditions de nomination, notamment du Président Duisenberg ayant dû s'engager à ne faire qu'une partie de son mandat, ou la démission quasiment forcée en 2011 de L. Bini-Smaghi – suite à la nomination de son compatriote M. Draghi à la tête de la BCE et pour éviter que deux italiens soient présents au sein du directoire – montrent que les choix ne sont pas toujours faits avec une parfaite neutralité. L'autonomie personnelle est aussi assurée par la longue durée du mandat – 8 ans – et l'impossibilité de le renouveler, empêchant tout comportement tendancieux des membres du directoire afin de leur garantir une seconde nomination. Enfin, la destitution d'un membre du directoire n'est possible que s'il « *ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions* » ou pour « *faute grave* »⁶⁹⁶. Elle ne peut être prononcée que par la Cour de justice. Elle est enfin garantie par l'interdiction d'exercer une autre activité salariée. L'indépendance personnelle s'entend aussi du personnel de la Banque centrale européenne⁶⁹⁷. L'article 36 des Statuts assure à la BCE une indépendance dans la gestion de ses ressources humaines.

4) L'indépendance financière

L'indépendance financière repose sur une capacité d'action financière autonome de la BCE. Elle passe par l'octroi à la BCE de « *ressources propres* »⁶⁹⁸. F. Martucci remarque, à cet

⁶⁹⁵ Voir sur ce thème la section 1 du Chapitre 2 du second titre de la Partie 1.

⁶⁹⁶ Art. 11 §4 des Statuts.

⁶⁹⁷ Voir MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », précité, §22.

⁶⁹⁸ LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 64.

égard, que la BCE « *jouit d'une autonomie budgétaire remarquable* »⁶⁹⁹. Tout d'abord la BCE dispose d'un capital propre, qui lui est transféré par les BCN⁷⁰⁰. Dans la gestion de ce capital, elle est totalement libre. C'est le conseil des gouverneurs qui détermine les principes sur lesquels les comptes seront établis. Cette tâche échoit au directoire. Dans la gestion de son budget, la BCE est ainsi totalement indépendante.

Ces quatre facettes sont évidemment complémentaires. L'autonomie matérielle ne pourrait être totale si la BCE ne disposait pas librement de fonds afin de mener les opérations avec les contreparties, ni du personnel pour les exécuter. La réunion de toutes ces conditions a un effet déterminant : elle permet à la BCE d'exercer de manière discrétionnaire les pouvoirs qui lui sont confiés.

B. L'indépendance, fondement du pouvoir discrétionnaire de la BCE

L'indépendance n'est pas toujours la source d'un pouvoir discrétionnaire. Celui-ci est lié à la marge de manœuvre d'une autorité dans ses choix. Dans le cas de la BCE, l'indépendance participe de sa large marge de manœuvre, accordée par le traité. L'exemple de la politique monétaire est le plus parlant, c'est celui qui sera choisi ici. Le même raisonnement pourrait s'appliquer à la supervision des systèmes de paiement, où l'action de la BCE est allée au delà des limites que certains auteurs imaginaient⁷⁰¹. Le pouvoir discrétionnaire ne jaillit que dans certaines conditions précises qui ont été cernées par A. Bouveresse⁷⁰². Beaucoup d'entre elles sont relatives à la norme habilitante par laquelle l'organe se voit définir les conditions, procédurales et matérielles, de son action⁷⁰³. La latitude que cette norme laisse à l'organe est fondamentale, celui-ci peut soit disposer d'un pouvoir lié ou d'un pouvoir discrétionnaire⁷⁰⁴. Rejetant l'idée que l'indétermination de la norme habilitante confère un pouvoir discrétionnaire⁷⁰⁵, l'auteur considère que : « *L'existence d'un pouvoir discrétionnaire dépendra de l'existence d'un choix laissé par la norme habilitante à l'autorité compétente* »⁷⁰⁶. Cette liberté se manifeste de trois manières, dans le choix d'exercer ou non sa compétence, dans les instruments et les motifs de cet exercice. Au-delà de la norme

⁶⁹⁹ MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », précité, §17.

⁷⁰⁰ Art. 28 des Statuts, voir *supra* Chapitre 1 du Titre précédent.

⁷⁰¹ Sur ce thème, voir le débat autour de l'étendue de la compétence de l'Eurosysteme dans ce domaine (Chapitre 1 du Titre 2 de la Première partie).

⁷⁰² BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité.

⁷⁰³ La norme habilitante « *désigne toute norme qui stipule les conditions pour produire un droit valide, c'est-à-dire respectivement l'organe compétent pour réaliser l'acte juridique, la procédure et le contenu possible de l'acte* », *idem*, p. 33.

⁷⁰⁴ Le Professeur Constantinesco avait défini la « *compétence discrétionnaire* » comme « *une liberté laissée au titulaire à l'intérieur d'un certain cadre. Cette liberté peut s'analyser de plusieurs façons : elle consiste en général en ce que le titulaire possède le choix du moment où sa compétence se matérialise ainsi que le choix de la forme juridique qu'il va donner à cette matérialisation* », CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, précité, p. 77.

⁷⁰⁵ BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, pp. 35-65.

⁷⁰⁶ *Idem*, p. 67.

habilitante, le pouvoir sera discrétionnaire s'il appartient en propre à son détenteur, s'il en jouit sans tutelle ni contrainte⁷⁰⁷. D'ailleurs, Aude Bouveresse « *signalera également, compte tenu de leur caractère exceptionnel, les pouvoirs propres de la Banque centrale européenne* »⁷⁰⁸. Elle ne va pas jusqu'à lui reconnaître de pouvoir discrétionnaire, notamment parce que les pouvoirs propres ne peuvent avoir une telle connaissance que lorsque que suffisamment de choix sont offerts par la norme habilitante. Or, le traité laisse à la BCE, en matière de politique monétaire, à la fois le choix de l'objectif qu'elle poursuit (1) et des instruments (2).

1) La notion de stabilité des prix, source du pouvoir discrétionnaire de la BCE

Il est commun de dire que la Banque centrale européenne a un objectif clairement défini par le traité, à savoir de « *maintenir la stabilité des prix* »⁷⁰⁹. A première vue, le traité est assez précis et impose à la BCE une cible claire. Cependant, elle dispose ici d'un « *choix matériel* »⁷¹⁰, qui passe par deux étapes : le choix de l'objectif à poursuivre et du contenu de l'action. Or, en matière de politique monétaire, la BCE jouit d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de définir et de choisir ses objectifs et ainsi que le contenu qu'elle donnera à son action.

Le traité lui assigne un but prioritaire : la stabilité des prix mais aussi, de manière secondaire, le « *soutien aux politiques générales de l'Union* ». Les choix opérés par la BCE sur cette base démontrent qu'elle n'est pas liée par ses objectifs. Elle a toujours estimé sa meilleure contribution aux buts de l'Union était de remplir son premier objectif. De manière rituelle, tous les membres du directoire répètent qu'en maintenant la stabilité des prix, ils contribuent à la croissance de l'Union⁷¹¹.

Le discours est ambigu. S'il était si évident que la stabilité des prix est la seule contribution que la BCE est capable d'offrir à la poursuite des objectifs de l'Union, pourquoi alors mentionner un second objectif ? Cette question a été posée par un député européen, lors d'une audition devant le Parlement européen, au Président Duisenberg⁷¹². La réponse de ce dernier est éloquente : « *Madame la Présidente, il semble qu'il n'y ait aucune besoin de définir notre*

⁷⁰⁷ Selon A. Bouveresse : « *Il semblerait que plus les acteurs sont nombreux à la prise de décision, plus le pouvoir discrétionnaire sera réduit.* » (idem, p. 145). Ainsi, à propos de pouvoirs propres, elle estime que « *Le pouvoir discrétionnaire apparaît, dans ces conditions {pouvoirs propres} beaucoup plus étendu puisqu'il ne subit pas aussi fortement le contre-pouvoir des autres instances décisionnelles* », p. 131.

⁷⁰⁸ *Idem*, p. 131

⁷⁰⁹ Art. 127 §1 du TFUE.

⁷¹⁰ Pour reprendre la formule d'Aude Bouveresse, *idem*, p. 99.

⁷¹¹ Voir l'analyse des conférences de presse des Présidents successifs du conseil des gouverneurs menée au Chapitre 2 du Second Titre de la Première partie. Les Présidents, lorsqu'ils évoquent le soutien à la croissance, utilisent tous des formules quasiment rituelles vantant la contribution de la stabilité des prix à la croissance.

⁷¹² Le député européen Goebbels a particulièrement bien résumé cette question (audition du Président de la BCE Win Duisenberg devant la Commission économique et financière du Parlement européen du 28 mai 2001) : « *Article 105 also says that, without prejudice to that objective, the European Central Bank must support the Union's general economic policy. Now, those who drafted the Treaty obviously did not include this as a superfluous addition, but as an invitation to the European Central Bank to do something to work towards Article 2 of the Treaty ensuring high employment, economic and social progress, sustainable development and strengthening the social and economic cohesion of the European Union. But up until now, you have never defined the second mission as you understand it, although it was vested in you by the authors of the Treaty* ».

seconde mission (...). Nous avons toujours affirmé – et nous le faisons toujours – que la meilleure contribution que la politique monétaire peut apporter à la poursuite de cette seconde tâche et de maintenir la stabilité des prix »⁷¹³. Il n'était pas sûr que le texte du traité offre un choix à la BCE mais cette dernière, en pratique et du fait de sa large indépendance, a opéré un choix.

Dans la définition de son seul et unique objectif, la stabilité des prix, le pouvoir de la BCE est tout aussi discrétionnaire. La BCE dispose là « *d'une latitude de choix quant au contenu de la mesure* »⁷¹⁴. Cela peut ne pas sembler évident au regard du texte qui semble assigner un objectif précis. C'est la pratique qui est ici décisive. Le Président Duisenberg a ainsi précisé, dès 1999 : « *Mandat nous a été donné par le traité de maintenir la stabilité des prix. La seule chose que le traité n'a pas fait a été de définir la stabilité des prix, donc nous l'avons fait nous même* »⁷¹⁵. Le choix des mots est particulièrement révélateur⁷¹⁶. L'origine du pouvoir discrétionnaire de la BCE est autant dans le texte que dans la pratique, dans la vision que la BCE a d'elle-même et de son rôle. N. Jabko évoque « *le mutisme du traité sur la définition concrète de l'objectif de "stabilité des prix"* » donnant à l'institution « *pleine autorité pour juger de la réalisation ou non de cet objectif* »⁷¹⁷.

Telle qu'elle est utilisée par le traité, la notion de stabilité des prix se rapproche de celle de standard. Celle-ci permet d'éclairer la fonction remplie ici par le traité et les rapports que la banque centrale entretient avec le texte fondateur. Le standard été défini par Professeur Rials comme : « *une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci (...) la standard vise à permettre la mesure de comportement et de situations en termes de normalité* »⁷¹⁸. Approchant la notion à partir du droit communautaire, le Professeur Bernard, le définit comme « *une notion juridique, intentionnellement indéterminée, qui permet une mesure des comportements en terme de normalité et implique, pour son application, des références exogènes au droit* »⁷¹⁹.

La seconde définition introduit l'idée que le standard juridique peut être un instrument d'interdisciplinarité. Ainsi, par sa souplesse, il permet le « *couplage* » en droit et économie, « *deux domaines qui présentent, a priori, des incompatibilités méthodologiques et poursuivent*

⁷¹³ « *Madam Chairman, there seems to me to be no need to define the second mission. The Treaty is very clear. It says that the primary task of the European Central Bank shall be the maintenance of price stability and then, secondly, without prejudice to price stability, the European Central Bank shall contribute to the other tasks of the European Community as spelled out in Article 2 of the Treaty. We have always maintained - and we still do - that the best contribution that monetary policy can give to fulfil that second task is to maintain price stability* », *ibidem*.

⁷¹⁴ BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, p. 100.

⁷¹⁵ « *We have been given a mandate by the Treaty to preserve and maintain price stability. The only thing the treaty did not do was to define what price stability is, so we did it ourselves* », Audition du Président de la BCE Win Duisenberg devant la Commission économique et financière du Parlement européen du 29 novembre 1999.

⁷¹⁶ Les auditions devant le Parlement européen étant orales, il n'est pas certain que le Président Duisenberg ait réellement choisi ces mots. La formule est peut être aussi franche parce qu'elle n'a pas été réellement murie...

⁷¹⁷ JABKO N., « *Expertise et politique à l'âge de l'euro : la Banque centrale européenne sur le terrain de la démocratie* », *Revue française de science politique*, 2001 Vol. 51 n° 6, p. 903-933, ici p. 908.

⁷¹⁸ RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard – Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, Paris, 1980, 564p., ici p. 120.

⁷¹⁹ BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 643p., ici p. 53.

des objectifs différents, voire divergents »⁷²⁰. Il a pour rôle de « favoriser la mobilité de la règle tout en contribuant à la relative stabilité des textes »⁷²¹. Sous certains aspects, la stabilité des prix agit comme un standard. La matière monétaire, par son caractère économique, se prête à l'utilisation d'un tel instrument. Il permet d'assigner un objectif clair à la BCE, définitivement posé dans le texte constitutionnel, sans étouffer l'institution, libre d'en donner la définition qu'elle souhaite⁷²². Ainsi, au-delà de son rôle, la stabilité des prix instaure un mécanisme qui se rapproche du standard. Le standard revêt plusieurs caractéristiques. Il doit être volontairement indéterminé et faire référence à une normalité⁷²³ exogène à la matière juridique⁷²⁴. La dernière idée correspond à la stabilité des prix qui, à la fois, ne peut être définie que par référence à l'économie tout en ayant un contenu intuitif correspondant bien à l'idée de normalité⁷²⁵.

Le critère de l'intention du texte fondateur se dégage clairement des mots du traité qui confie à la BCE le soin de « définir et mettre en œuvre la politique monétaire de l'Union »⁷²⁶. On voit ici à l'œuvre la logique inhérente au standard de laisser à l'interprète, en l'occurrence la BCE, le soin de définir ce qu'elle entend par stabilité des prix⁷²⁷. Réunissant toutes les caractéristiques fonctionnelles du standard, la stabilité n'en a pas réellement le caractère matériel, celui d'être une véritable règle de droit⁷²⁸, pour plusieurs raisons. Bien que les standards heurtent les qualités propres au droit, la stabilité des prix semble s'en éloigner encore plus⁷²⁹. Dans la mesure où la BCE peut modeler la notion à sa guise, elle ne lui est que très partiellement imposée par le traité. Ensuite, le standard, par sa nature juridique, est

⁷²⁰ *Idem*, p. 464.

⁷²¹ *Idem*, p. 467.

⁷²² Ainsi, « le standard textuel est, même si le juge en récuse parfois les conséquences, un moyen de délégation à son profit du contenu de leur pouvoir normatif de la part des autorités qui l'édicte ». La BCE n'est pas un juge, mais le mécanisme est le même (RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard*, précité, p. 57).

⁷²³ Pour S. Rials : « le standard juridique est un pur instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité », RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard*, précité, p. 61.

⁷²⁴ « La nature indéterminée a priori de certaines notions en fait des standards juridiques lorsqu'elles impliquent, de la part de l'interprète chargé de leur donner un contenu, un jugement en terme de normalité qui favorise le recours à des éléments exogènes au droit. L'indétermination de ces notions peut être présumée intentionnelle dès lors qu'elles ont, dans un système normatif, des fonctions qu'elles ne pourraient assumer si leur contenu avait été déterminé a priori », BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, p. 87.

⁷²⁵ La formule de R.J. Goebel à ce sujet est assez parlante : « *The Treaty does not define the term, "price stability," but it is commonly understood to mean economic conditions in which consumer price inflation remains at tolerably low levels* », GOEBEL R.J., « Cour of Justice Oversight over Central Bank: Delimiting the ECB's Constitutional Autonomy and Independence in the *OLAF* Judgement », *Fordham International Law Journal*, 2005, Vol. 29 n° 4, pp. 610-654, ici p. 618, nous soulignons.

⁷²⁶ Art. 127 §2 du TFUE.

⁷²⁷ « L'intention peut résulter de la volonté de l'auteur de la norme, d'octroyer une certaine marge d'appréciation à son destinataire ou à son interprète, afin qu'il lui donne un contenu en fonction de ce qu'il considère être un comportement ou une situation normale », BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, précité, p. 50.

⁷²⁸ S. Rials rappelle que « L'opposition règle/standard n'a pas de sens pour cette bonne raison que le standard est tout simplement une technique particulière d'expression de la règle de droit » (RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard*, précité, p. 33). Pour E. Bernard, le standard est une règle de droit définie comme « impérative, elle indique ce qui peut être fait ou pas, ce qui est permis, ce qui est interdit. Ces indications sont accompagnées de préceptes qui commandent, défendent, accordent permission ou pouvoir », *idem*, p. 55.

⁷²⁹ E. Bernard évoque « La contribution du standard à la fragilisation de la règle de droit », *idem*, p. 500.

porteur d'un équilibre entre exigences du droit et exigences de l'économie. « *La rencontre du droit et de l'économie n'est, en effet, possible qu'au prix d'une atténuation des valeurs propres à ces deux ordres* »⁷³⁰. En matière monétaire, rares sont les valeurs propres à l'ordre juridique qui semblent résister au dogme de l'efficacité économique.

Ainsi, la définition que donne la BCE de la stabilité des prix n'a – même pas – pris la forme d'un acte juridique formel mais simplement de déclarations du conseil des gouverneurs et d'articles dans le bulletin mensuel⁷³¹. Si elle avait constitué un standard par lequel la BCE se serait sentie liée, un acte plus formel aurait certainement été adopté. Il semble que ce soit la BCE qui ne la considère pas comme un standard et c'est surtout sa pratique qui relègue au second plan les exigences juridiques sur l'efficacité économique, comme le démontrent ses choix hasardeux en matière d'instruments juridiques ou, comme le chapitre suivant le montrera, son peu de soucis pour la motivation de ses actes.

La présence d'un standard induit, bien souvent, pour son destinataire, un pouvoir discrétionnaire. Cependant, le caractère discrétionnaire d'un pouvoir ne peut être identifié que lorsque le juge aura décidé de l'étendue de son contrôle en la matière. Il ne s'est jamais prononcé sur la stabilité des prix et la marge de manœuvre que la notion laisse à la BCE. Il est probable que la Cour de justice se prononce en ce sens. D'autant qu'au-delà de son pouvoir discrétionnaire dans la définition de sa politique monétaire, la BCE dispose du choix des instruments avec lesquels elle l'implémente.

2) Le pouvoir discrétionnaire de la BCE dans la mise en œuvre de la politique monétaire

Une fois définie la notion de stabilité des prix, la BCE n'est pas contrainte dans les instruments à sa disposition pour la garantir. Elle dispose, d'ailleurs, de deux types d'instruments : juridiques et concrets. A propos du choix laissé à une institution – ou plusieurs – du type d'acte qu'elle entend adopter, A. Bouveresse estime qu'« *il semble difficile de réfuter l'existence d'un pouvoir discrétionnaire sur ce point* »⁷³².

La pratique normative de la BCE ne peut que confirmer une telle conclusion. Elle ne saurait, cependant, être déduite de la simple lecture de l'article 132 paragraphe 1. Bien qu'il autorise la BCE à adopter des règlements, décisions, recommandations et avis, l'article limite le pouvoir règlementaire à certaines matières déterminées. Ces dernières recouvrent, cela dit, quasiment tous les champs de compétence de la BCE à savoir : ses quatre missions fondamentales – politique monétaire, conduite des opérations de change, détention et gestion des réserves de change et bon fonctionnement des systèmes de paiement –, les réserves

⁷³⁰ « *Les qualités intrinsèques au droit, notamment la cohérence de l'ordre juridique, la stabilité de la règle, sa précision, la prévisibilité, et plus largement, la sécurité juridique, peuvent entraver la recherche de l'efficacité économique. La rencontre du droit et de l'économie n'est, en effet, possible qu'au prix d'une atténuation des valeurs propres à ces deux ordres. D'une part, les objectifs économiques doivent se concilier avec des finalités protégées par le droit dans d'autres domaines. D'autre part, les valeurs internes au droit doivent être adaptées aux objectifs économiques* », idem, p. 509.

⁷³¹ Voir la section 2 du Chapitre 2 du Titre 2 de la Première partie.

⁷³² BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, p. 89.

obligatoires et les systèmes de compensation et de paiements⁷³³. La BCE est allée au-delà des choix que lui ouvre le traité, créant les orientations et les instructions. Elle s'est ainsi octroyée le pouvoir d'adopter des actes hors nomenclature, venant confirmer le caractère discrétionnaire de son pouvoir qui n'est même pas lié par la nomenclature du traité.

En matière d'instruments de politique monétaire, la BCE dispose clairement – dès la lecture du traité – d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix des opérations à sa disposition. Les Statuts autorisent l'Eurosystème à recourir à certaines opérations sans jamais imposer l'utilisation de l'une ou de l'autre. On retrouve dans les articles correspondants du traité très fréquemment le verbe « pouvoir » décliner sous plusieurs formes. Ainsi BCE et BCN « *peuvent ouvrir des comptes aux établissements de crédit* »⁷³⁴, elles « *peuvent : intervenir sur les marchés* » et « *effectuer des opérations de crédit* »⁷³⁵ mais elles « *peuvent aussi : entrer en relation les banques centrales et les établissements financiers des pays tiers* »⁷³⁶ et la BCE est « *habilitée à imposer (...) la constitution de réserves obligatoires* », etc. Au-delà de ces choix ouverts à la BCE, l'article 20 permet au conseil des gouverneurs d'élargir cette liste à « *d'autres méthodes de contrôle opérationnel* »⁷³⁷ et l'article 24 ouvre la possibilité aux BCN « *d'effectuer des opérations aux fins de leurs structures administratives ou au bénéfice de leur personnel* ». La seule contrainte est l'interdiction faite d'accorder des découverts aux institutions et organes de l'Union et des États membres⁷³⁸. Clairement l'Eurosystème dispose d'un choix instrumental très grand qui reflète son pouvoir discrétionnaire dans les moyens qu'elle mobilise pour la mise en œuvre de sa politique monétaire.

La BCE n'est donc pas simplement indépendante, elle dispose aussi d'un pouvoir discrétionnaire. Cette marge de manœuvre très grande que lui laisse le traité se reflète dans la doctrine économique. Certains auteurs ont construit des indicateurs statistiques afin de mesurer le degré d'indépendance de la Banque centrale⁷³⁹. En 2007, une étude comparative de 163 banques centrales donne à la BCE le score le plus élevé en matière d'indépendance⁷⁴⁰. Les études sont menées à partir de l'observation des statuts. Pour certains, une telle technique est peu fiable car elle ne prend pas en compte l'environnement dans lequel la banque centrale évolue et qui joue beaucoup sur son degré d'indépendance⁷⁴¹. Il importe alors d'étudier

⁷³³ L'article prévoit aussi un pouvoir réglementaire dans le cas où la BCE se verrait confier des fonctions en matière de contrôle prudentiel.

⁷³⁴ Art. 17 des Statuts.

⁷³⁵ Art. 18 des Statuts.

⁷³⁶ Art. 23 des Statuts.

⁷³⁷ Art. 20 des Statuts.

⁷³⁸ Art. 21 des Statuts.

⁷³⁹ Voir, pour une synthèse des premières tentatives : BINI SMAGHI L. & GROS D., *Open Issues in European Central Banking*, précité, pp. 125-132.

⁷⁴⁰ ARMONE M., LAURENS B.J., SEGALOTTO J-F & SOMMER M., « Central Bank Autonomy: Lessons from Global Trends », *IMF Working Papers*, WP/07/88, www.imf.org. La BCE obtient pour toutes les variables le score de 1 (sur une échelle allant de 0 à 1, où 1 reflète l'indépendance la plus élevée).

⁷⁴¹ BINI SMAGHI L. & GROS D., *Open Issues in European Central Banking*, précité, pp. 125-132. « *In summary, the independence of a central bank cannot be assessed outside its historical context, the general economic environment and the political experience of a country. Applying the legal status of a central bank in one country to that in another does not necessarily bestow the same degree of independence. In practice, central bank independence is established through a sequence of specific events, possibly entailing conflicts with other*

l'indépendance de la BCE à l'aune de sa place dans l'appareil institutionnel de l'Union pour en mesurer la portée.

Section 2 - L'indépendance en pratique, une autonomie relative

L'indépendance ne peut se juger qu'à l'aune des relations qu'entretient une institution avec celles qui l'entourent. Avant la création même de la Banque centrale, les Communautés disposaient d'un cadre institutionnel solide, permettant l'équilibre entre les institutions et garanti par la Cour de justice. C'est dans ce cadre fonctionnel déjà établi qu'elle a été créée. En 2000, le Professeur Magnette estimait qu'« *A moyen terme, l'installation de la Banque centrale européenne est susceptible de modifier l'équilibre institutionnel de l'Union, et en particulier les relations à l'intérieur du triangle nodal que forment la Commission, le Parlement et le Conseil* »⁷⁴².

Un bilan s'impose alors. La BCE a pris son indépendance très au sérieux et a cherché à affirmer sa différence lors de toutes les occasions possibles. Cela lui permet de doubler son indépendance d'une autonomie d'action (§1). Son indépendance, son pouvoir discrétionnaire et son efficacité lui ont aussi permis de prendre une place importante dans les relations inter-institutionnelles alors même que replacée dans ce cadre, son indépendance est toute relative (§2).

§.1 - Une autonomie affirmée par la BCE

Deux visions s'opposent ici, celle de la BCE et celle de la Cour de justice. La BCE a toujours eu une conception large de son indépendance. Cela lui garantit une autonomie face au droit de l'Union. Elle s'applique alors des règles dérogatoires au droit commun relatif aux institutions (A). Cependant, la Cour de justice a limité cette autonomie, tout en préservant l'indépendance. Elle estime que la BCE est une institution comme une autre et que lorsque les situations l'exigent, ou le permettent, elle lui appliquera la jurisprudence développée à l'égard des autres institutions (B).

A. L'autonomie concrète de la BCE

L'indépendance fonctionnelle de la BCE s'étend à son organisation interne. Ainsi, elle adopte ses propres conditions d'emploi⁷⁴³ et ses propres procédures comptables⁷⁴⁴. L'étude des règles auxquelles la BCE se soumet révèle qu'elle adopte une vision large de son indépendance.

2

organs of government. The way these conflicts are resolved marks the boundaries of central bank independence and defines the limits of the central bank's scope for action », p. 131.

⁷⁴² MAGNETTE P., « Quis custodes custodiet ? La Banque centrale européenne entre indépendance et responsabilité », précité, p. 4.

⁷⁴³ Décision de la BCE du 9 juin 1998 relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la BCE, modifiée le 31 mars 1999 (BCE/1998/4), précité.

⁷⁴⁴ Orientation de la BCE du 11 novembre 2010 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information financière dans le Système européen de banques centrales, précité.

Deux exemples permettent de s'en convaincre. Les règles relatives à son personnel témoignent de son souci constant d'affirmer son indépendance et d'éviter tout soupçon pesant sur ses organes de décision comme sur les membres de son personnel (1). Les règles relatives à ses marchés publics sont révélatrices de la tension entre son obligation de respecter la libre concurrence et sa volonté de préserver ses marges de manœuvre. Elles constituent alors un subtil équilibre entre soumission aux règles communautaires et liberté de la BCE (2).

1) La consolidation par la BCE de l'indépendance de son personnel

Le pan de son indépendance que la BCE a le plus soigné est celui de son personnel. Les traités posaient déjà des garanties fortes, les Statuts rajoutent une obligation de secret professionnel à leur article 37. L'institution ne s'est pas contentée de ses proscriptions constitutionnelles. Au contraire elle a soumis son personnel ainsi que tous les membres de ses organes de direction à de stricts codes de conduite. Consciente que sa crédibilité passe par celle de ses dirigeants, et des ses agents, la Banque a insisté sur leur probité et leur indépendance. La BCE précise ses intentions dans le code de conduite des membres du conseil des gouverneurs : « *Vu l'influence des décisions du conseil des gouverneurs sur l'évolution du marché, les membres du conseil des gouverneurs doivent être en mesure d'agir en toute indépendance et impartialité* »⁷⁴⁵. Ainsi, ils seront l'objet de règles plus strictes que les membres du personnel, dont les régimes est déjà très stricte.

Le cadre sur l'éthique professionnelle dont s'est doté la BCE commence par des dispositions générales dont la première est révélatrice des buts de l'institution : « *La conduite des membres du personnel ne doit ni entraver leur indépendance et leur impartialité, ni nuire à la réputation de la BCE* »⁷⁴⁶. Les Banques centrales accordent une place centrale à leur réputation comme le confirme cette obligation qui lie réputation d'une banque centrale et qualité de son personnel. Suivant cette logique, le cadre décline cette obligation première à différentes situations. Notamment, en lien avec l'article 37 des Statuts, le secret professionnel se voit étendu aux agents de la BCE qui « *s'abstiennent de toute divulgation non autorisée d'informations classifiées* »⁷⁴⁷. L'une des préoccupations majeures du cadre est la prévention des conflits d'intérêt⁷⁴⁸. Ainsi, même les « *activités d'ordre privé* » du personnel sont règlementées⁷⁴⁹. Ainsi, les membres du personnel peuvent exercer des activités politiques mais la BCE peut alors décider d'imposer une demande de congé pour convenance personnelle ou un congé annuel⁷⁵⁰. Enfin, le passage relatif aux relations avec les tiers commence par préciser que « *Les membres du personnel sont conscients de l'indépendance et*

⁷⁴⁵ BCE, 16 mai 2002, Code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, précité.

⁷⁴⁶ Section 0 des règles applicables au personnel de la BCE portant sur le cadre d'éthique professionnelle, précité, JO C 40 du 9.2.2011, p. 13, pt. 0.1.1.

⁷⁴⁷ *Idem*, pt. 0.3.1.

⁷⁴⁸ « *Les membres du personnel évitent toute situation qui est susceptible de donner lieu à un conflit d'intérêts entre leur travail et leurs intérêts privés, ou qui peut être perçue comme tel* » (*idem*, pt. 0.8). Nous soulignons. Ce dernier passage révèle qu'au-delà de la prévention du conflit d'intérêt, c'est toujours à son image que l'institution pense.

⁷⁴⁹ *Idem*, pt. 0.12.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, pt. 0.12.4 à 0.12.5.

de la réputation de la BCE » puis recopie l'article 130 TFUE et l'étend à l'ensemble du personnel : « Dans l'exercice de leurs fonctions, les membres du personnel ne sollicitent ni n'acceptent des instructions d'un gouvernement, d'une autorité, d'une organisation ou d'une personne étrangère à la BCE »⁷⁵¹.

Les membres du conseil des gouverneurs, en raison de leurs responsabilités⁷⁵², se voient appliqués un code propre. Les principes fondamentaux qui le régissent sont plus rigoureux que pour le personnel. Ils sont « soumis aux normes de conduites les plus exigeantes en matière d'éthique professionnelle »⁷⁵³. Quasiment la moitié du texte est consacrée à l'indépendance. Après avoir rappelé les exigences de l'article 130 TFUE, il organise les rapports entre les membres et le secteur privé, et non les Etats. Dans leurs déplacements, même les conjoints sont soumis aux règles du code. Enfin, leurs relations avec les groupements d'intérêts « doivent être menées dans le respect de leur indépendance (...) et du principe d'intégrité »⁷⁵⁴. Les membres du directoire sont soumis à ce code, en tant que membres du conseil, mais aussi à celui applicable au personnel de la BCE. Ils ont enfin leur propre « Code complémentaire »⁷⁵⁵. Il vient compléter les règles relatives aux « Dons ou autres avantages à caractère financier », les invitations et la rémunération personnelle. De ces règles, adoptées par la BCE, se dégage la vision large qu'elle a de l'indépendance de son personnel. La même conclusion vaut pour son indépendance financière, puisqu'elle dispose des ses propres règles de passation de marchés publics.

2) Le cas topique des marchés passés par la BCE

La place ambiguë de la BCE est parfaitement reflétée par le cas de ses marchés publics⁷⁵⁶. Le traité lui impose d'agir « conformément au principe d'une économie de marché où la concurrence est libre »⁷⁵⁷ tandis que l'article 282 paragraphe 3 du TFUE déclare qu'« elle est indépendante dans la gestion de ses finances ». Sans être contradictoires, ces articles lui imposent certaines normes de conduite dans l'administration de ses ressources. Le cas de la passation des marchés est assez symptomatique car ces règles jouent un grand rôle dans le respect de la libre concurrence⁷⁵⁸. F. Martucci estime que : « Les règles applicables aux

⁷⁵¹ *Idem*, pt. 0.16.1.

⁷⁵² « Les membres du conseil des gouverneurs sont particulièrement responsables du maintien de l'intégrité et de la réputation du Système européen de banques centrales (SEBC) et de la Banque centrale européenne (BCE) ainsi que de l'efficacité de ses opérations et doivent, par conséquent, veiller à ce que leur conduite reflète une telle responsabilité », considérant 1 du Code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, précité.

⁷⁵³ *Idem*, art. 2.

⁷⁵⁴ *Idem*, art. 3 §7.

⁷⁵⁵ Code complémentaire d'éthique professionnelle applicable aux membres du directoire de la BCE, JO C n° 104 du 23.4.2010, p. 8. Son article 1 confirme leur soumission aux deux codes précédents.

⁷⁵⁶ Le même type de solution prévaut, selon le Conseil d'État français, pour les marchés publics de l'Assemblée nationale. Il se reconnaît compétent pour en apprécier la légalité mais, sur le fond, reconnaît « qu'en l'absence de réglementations particulières édictées par les autorités compétentes de l'Assemblée nationale, les contrats litigieux sont régis par les prescriptions du Code des marchés publics » (CE Assemblée, 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale). Implicitement, la haute juridiction administrative autorise les assemblées à soumettre leurs marchés publics à des règles dérogatoires au code. Cependant, la Cour de justice estime que les directives en la matière leur sont applicables (voir CJCE, 17 septembre 1998, Commission c. Belgique, aff. C-323/96, Rec. 1998 p. I-5063).

⁷⁵⁷ Art. 2 des Statuts.

⁷⁵⁸ Sur ce thème voir Chapitre 2, Titre 2 de la Première partie.

achats de la BCE reflètent le délicat équilibre entre indépendance et légalité »⁷⁵⁹. Le directoire de la BCE a dû adopter ses propres règles de passation de marché, par une décision de juillet 2007⁷⁶⁰. Pourtant, des règles existent pour la passation des marchés publics par les États membres⁷⁶¹ et par l'Union⁷⁶². Dans les motifs de la décision de 2007, l'institution monétaire s'affranchit du cadre juridique de l'Union par une formule lapidaire selon laquelle les textes précités « *ne s'appliquent pas à la BCE* »⁷⁶³. Le texte va alors permettre à la BCE de créer ses propres règles, parfois plus souples que celles posées dans la directive 2004/18 ou celles qui s'appliquent pour les autres institutions de l'Union. Même si le troisième considérant rappelle que « *La BCE respecte les principes généraux du droit des marchés publics contenus dans la directive relative aux marchés publics et le règlement financier* », les visas font référence à l'article 19 du Règlement intérieur. Il reflète la position de la BCE qui proclame son attachement aux principes qui sous-tendent la réglementation des marchés publics, à son alinéa premier⁷⁶⁴, tout en s'en affranchissant à son second paragraphe⁷⁶⁵. Cette dialectique se retrouve dans toute la décision. Pour marquer son respect envers les règles de passation de marché, la décision contient à un article relatif aux « *principes généraux* »⁷⁶⁶, qui n'est pas présent dans la directive.

Au titre des définitions, la BCE reprend majoritairement celles de la directive et du règlement financier⁷⁶⁷. La BCE ne qualifie cependant pas ses propres marchés de « marchés publics ».

⁷⁵⁹ MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », §16.

⁷⁶⁰ Décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), précité.

⁷⁶¹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, précité.

⁷⁶² Règlement 1605/2002/CE, Euratom du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, JO L n° 248 du 16.9.2002, p. 1-48.

⁷⁶³ Décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), précité, considérant 2. Les visas et motifs de cette décision sont particulièrement concis. Le texte se base sur l'article 11 §6 des Statuts selon lequel « *Le directoire est responsable de la gestion courante de la BCE* », qui justifie ainsi que la décision soit prise par le directoire et sur l'article 19 du règlement intérieur. Il n'est fait aucune référence aux articles du traité consacrant l'indépendance financière de la BCE.

⁷⁶⁴ « *Lors des achats de biens et de services destinés à la BCE, il convient de prendre dûment en considération les principes de publicité, de transparence, d'égalité d'accès, de non-discrimination et de gestion efficace* », Article 19 §1 du Règlement intérieur de la BCE.

⁷⁶⁵ « *À l'exception du principe de gestion efficace, il peut être dérogé aux principes précités en cas d'urgence, pour des raisons de sécurité ou liées à la préservation du secret, lorsqu'il n'existe qu'un seul fournisseur, pour des fournitures à la BCE provenant des banques centrales nationales ou pour assurer la continuité d'une source d'approvisionnement* », *idem*, art. 19 §2.

⁷⁶⁶ « *Toute procédure de passation de marchés est mise en œuvre conformément aux principes généraux de transparence et de publicité, d'égalité d'accès et de traitement, ainsi qu'aux principes de non-discrimination et de concurrence loyale.* », art. 3 de la décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), précité.

⁷⁶⁷ Par exemple, art. 1 §2 a) de la directive 2004/18 : « *Les "marchés publics" sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive* » ; art. 88 §1 du règlement 1605/2002/CE, Euratom du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes : « *Les marchés publics sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit par un pouvoir adjudicateur, au sens des articles 104 et 167, en vue d'obtenir, contre le paiement d'un prix payé en tout ou en partie à la charge du budget, la fourniture de biens mobiliers ou immobiliers, l'exécution de travaux ou la prestation de services* » et l'article 1 a) de la décision de la BCE : « *les "marchés" sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre la BCE et un ou plusieurs fournisseurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ».

La décision reprend, quasiment *in extenso*, certains mécanismes de la directive de 2004. Les procédures de dialogue compétitif, d'accord cadre et de système d'acquisition dynamique⁷⁶⁸ sont établies par les articles 14 à 16 de la décision de la BCE. Les méthodes de calcul de la valeur des marchés utilisées par la BCE sont quasiment identiques à celles proposées par la directive⁷⁶⁹. Les règles édictées par la Banque centrale se détachent de celles applicables aux autres institutions qui, de ces procédures, ne reprennent que celle du dialogue compétitif⁷⁷⁰.

La décision va même explicitement faire référence à la directive dans son article 19 paragraphe 3. Ce dernier autorise la BCE à utiliser une procédure d'appel d'offre électronique qui devra être : « *conforme aux exigences générales des marchés électroniques présentées à l'article 42 de la directive relative aux marchés publics* ». Les seuils choisis par la BCE sont, depuis une décision du 19 juin 2012⁷⁷¹ identiques à ceux de la directive⁷⁷² et du règlement financier qui sont alignés⁷⁷³. Evidemment, certaines règles sont propres à la décision de la BCE car elles ne sont pas prévues par la directive. Fondée sur le principe selon lequel « *Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive* »⁷⁷⁴, elle ne va pas poser les règles relatives aux procédures normales – les procédures ouvertes et les procédures fermées – qui sont nationales. Ainsi, la BCE va poser aux articles 11 et 12 ses propres modalités de procédures ouvertes et fermées⁷⁷⁵. Le règlement financier ne décrit pas le déroulement de ces procédures et se contente de les énumérer.

Dans certains domaines, le directoire choisit des règles divergentes. Enfin la BCE prévoit une série de règles qui lui permettent de rendre plus souple la passation de ses marchés. Ainsi, l'article 6 paragraphe 1) a) permet à la BCE de passer directement un marché avec

2

De même la définition donnée par la décision de la BCE relative aux marchés de travaux (art. 1 b)) fourniture (art. 1 c)) et de service (art. 1 d)) reprend les définitions de ces travaux posées aux articles 2 §1 b), c) et d) de la directive 2004/18. Le règlement financier ne définit par ces différents types de travaux et se contente de la énumérer (art. 88).

⁷⁶⁸ Respectivement articles 29, 32 et 33 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, précité.

⁷⁶⁹ Article 9 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, précité, et article 8 de la décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), précité.

⁷⁷⁰ Art. 91 §1 e) du règlement 1605/2002/CE, Euratom du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, précité.

⁷⁷¹ Décision de la Banque centrale européenne 2012/367/UE du 19 juin 2012 modifiant la décision BCE/2007/5 fixant les règles de passation des marchés (BCE/2012/10), JO n° L 178 du 10.7.2012, p. 14–14.

⁷⁷² *Idem*, art. 7 b) et c) modifié par le règlement 1251/2011/UE de la Commission du 30 novembre 2011 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne leurs seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, JO n° L 139 du 2.12.2011, pp. 43-44.

⁷⁷³ Art. 105 du règlement 1605/2002/CE, Euratom du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes (précité).

⁷⁷⁴ Art. 28 §1 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, précité.

⁷⁷⁵ Il en va de même pour les critères de sélections posées à l'art. 25 de la décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), précité.

fournisseur, pour des raisons « *technique, artistique ou juridique, mais non de nature économique* », là où la directive ne permet pas – pour des raisons quasiment similaires – de recourir à la procédure négociée⁷⁷⁶. La même possibilité est ouverte dans les cas d' « *extrême urgence, résultant d'événements imprévisibles pour la BCE* », ce que la directive n'autorise pas. La BCE a aussi la faculté de proroger ses marchés publics, dans certaines conditions qu'elle définit⁷⁷⁷ alors que la directive et le règlement financier ne mentionnent pas une telle hypothèse. Ces exceptions ne sont pas prévues par le règlement financier. L'indépendance, octroyée à la BCE par le traité, lui permet de s'affranchir de certaines règles et elle ne s'en prive pas. La Cour de justice ne s'est pas prononcée sur l'application de ces règles. Avant leur adoption, un recours avait été déposé devant le Tribunal. Ce dernier estime que, même si la BCE n'était pas encore une institution, il convenait de lui appliquer les jurisprudences dégagées par la Cour à ce propos⁷⁷⁸. Cette solution confirme que la Cour de justice a une vision fonctionnelle, et donc limitée, de l'indépendance de la BCE, et qui n'en fait pas une institution à part.

B. La vision de la jurisprudence : une autonomie classique et limitée

La jurisprudence n'est pas riche sur la BCE, cependant elle est constante. La Cour de justice a toujours refusé de donner une portée très large à l'indépendance de la BCE. Elle est de nature fonctionnelle et doit servir la stabilité des prix. En dehors de ce cadre, la BCE est intégrée à l'Union, comme le précisait l'arrêt OLAF (2). L'indépendance ne permet pas de considérer différemment la BCE des autres institutions de l'Union, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal en matière de fonction publique (1).

1) La marge de manœuvre de la BCE dans le statut et la gestion de son personnel : une autonomie usuelle

Dans les champs de compétence de la BCE, la jurisprudence se fait rare. Elle s'est, logiquement, développée dans le domaine de la gestion de son personnel. Portée à l'origine devant le Tribunal de première instance, elle relève, depuis la création en novembre 2004, du Tribunal de la fonction publique⁷⁷⁹. Dans l'un de ces premiers arrêts, la BCE, représentée

⁷⁷⁶ *Idem*, art. 31 §1 b).

⁷⁷⁷ Si l'avis de marché prévoyait la possibilité et si les prorogations sont « *dûment justifiées* », article 7 §2 de la décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE) (BCE/2007/5), précité.

⁷⁷⁸ Tribunal, Ordonnance du 2 juillet 2009, *Evropaïki Dynamiki c. BCE*, aff. T-279/06, Rec 2009 p. II-00099. Voir le §45 où à propos du droit au juge le tribunal précise que « *Le fait que la BCE n'a pas la qualité d'institution n'empêche pas l'application de cette jurisprudence par analogie* » et le §64 sur l'étendue des pouvoirs d'appréciation du juge : « *il convient de relever que la BCE, à l'instar des institutions, dispose d'un pouvoir d'appréciation important quant aux éléments à prendre en considération en vue de la prise d'une décision de passation d'un marché public et que le contrôle du Tribunal doit se limiter à vérifier l'absence d'erreur grave et manifeste* ». Un pourvoi a été formé contre cet arrêt, voir CJ, 9 juin 2011, *Evropaïki Dynamiki c. BCE*, aff. C-401/09 P, non publié.

⁷⁷⁹ Voir décision du Conseil du 2 novembre 2004, 2004/752/CE, Euratom, instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JO n° L 333 du 9.11.2004, p. 7-11.

notamment par C. Zilioli dont la vision extensive de l'indépendance a déjà été abordée, réfutait la compétence du Tribunal et plaidait pour celle de la Cour. En effet, l'article 36 paragraphe 2 confie explicitement à la Cour de justice la compétence pour connaître des litiges entre la BCE et ses agents⁷⁸⁰. La question portait ici sur la notion de « Cour de justice », à savoir si elle ne recouvrait que la Cour en tant que telle ou l'ensemble formé par la Cour et le Tribunal⁷⁸¹. En filigrane, cependant, transparait l'idée que l'indépendance de la BCE lui conférerait un statut à part et que ses litiges – mêmes avec ses fonctionnaires – ne pourraient être que de la compétence de la plus haute juridiction. Préfigurant la solution de l'arrêt OLAF, le Tribunal estime que la BCE s'inclut dans le système institutionnel et doit se voir appliquer les mêmes règles que les institutions⁷⁸². La BCE est soumise au même régime juridictionnel que les autres institutions. Quant au fond, la solution varie, reflétant l'ambivalence du statut de la BCE.

Celle-ci s'illustre dans la qualification du lien qui l'unit à ses agents. La Cour et le Tribunal le qualifient de contractuel, mais le teintent de réglementaire. L'enjeu concret est de savoir si la BCE peut modifier unilatéralement les relations de travail qui l'unissent à ses agents non fonctionnaires⁷⁸³. Le Tribunal⁷⁸⁴, puis la Cour de justice⁷⁸⁵ ont estimé que la relation était de nature contractuelle⁷⁸⁶ en se fondant sur l'analogie avec la BEI⁷⁸⁷ et sur les conditions d'emploi du personnel de la BCE qui le précisent aux articles 9 a) et 10 a)⁷⁸⁸. Cependant, cette qualification est immédiatement relativisée par les deux juridictions qui reconnaissent que la « *mission d'intérêt général* » dont est investie la BCE lui permet d'adopter « *par voie de règlement, les dispositions applicables à son personnel* »⁷⁸⁹. La conclusion de la Cour est particulièrement frappante : « *Il en résulte que, dans l'exercice de ce pouvoir, les organes de*

⁷⁸⁰ « *La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour connaître de tout litige entre la BCE et ses agents dans les limites et selon les conditions prévues par le régime qui leur est applicable* »

⁷⁸¹ Sur cette interrogation voir PERTEK J., *Droit des institutions de l'Union européenne*, 2^{ème} Ed., pp. 310-312 pour lequel « *Il apparaît, en réalité, qu'il existe une seule institution de nature juridictionnelle, qui est constituée de plusieurs juridictions* » (p. 310). Le débat a été tranché par le traité de Lisbonne en ce sens voir art. 19 §1 TUE.

⁷⁸² Le Tribunal estime que : « *Par conséquent, l'article 36.2 des Statuts du SEBC doit, au regard des différentes possibilités d'interprétation avancées, être interprété de façon à ne pas le mettre en contradiction avec le système général et uniforme de protection juridictionnelle envers les agents de la Communauté qui résulte de la décision 88/591 et qui repose sur l'article 225 CE* » donc que : « *Le terme "Cour de justice" dans l'article 36.2 des Statuts du SEBC doit donc être interprété comme désignant la juridiction communautaire dans son ensemble au sens de l'article 7 CE et par conséquent comme incluant le Tribunal de première instance. Il en découle que le Tribunal est compétent pour connaître des litiges au sens de l'article 36.2 des Statuts du SEBC* », Tribunal, 18 octobre 2001, X c. BCE, aff. T-333/99, Rec. 2001 p. II-03021, § 39 et 41.

⁷⁸³ Pour les arguments des requérants en ce sens, voir *ibidem* §§ 42-55.

⁷⁸⁴ *Ibidem*.

⁷⁸⁵ CJCE, 14 octobre 2004, Jan Pflugradt c. BCE, aff. C-409/02 P, Rec. 2004 p. I-09873.

⁷⁸⁶ Les deux juridictions utilisent une formule identique (à une virgule près) : « *Il y a donc lieu de conclure que le lien d'emploi entre la BCE et ses agents est de nature contractuelle et non pas statutaire* », *idem*, §33 et Tribunal, 18 octobre 2001, X c. BCE, § 61.

⁷⁸⁷ *Idem*, §32 et Tribunal, 18 octobre 2001, X c. BCE, précité, §60.

⁷⁸⁸ *Idem*, §31 : « *Celles-ci disposent, à l'article 9, sous a), que "les rapports d'emploi entre la BCE et ses agents sont régis par les contrats de travail conclus en conformité avec les présentes conditions d'emploi". L'article 10, sous a), des mêmes conditions prévoit que "les contrats de travail entre la BCE et ses agents prennent la forme de lettres d'engagement qui sont contresignées par les agents"* ». Voir aussi Tribunal, 18 octobre 2001, X c. BCE, § 59.

⁷⁸⁹ *Idem*, §34, voir aussi Tribunal, 18 octobre 2001, X c. BCE, précité, §62, 63, 68.

direction de la BCE ne se trouvent nullement dans une situation distincte de celle que connaissent les organes de direction des autres organismes et institutions communautaires dans leurs relations avec leurs agents »⁷⁹⁰. Une telle formule est rituelle en la matière, les spécificités statutaires de la BCE ne la placent pas dans une position différente de celles des autres institutions et organismes. Cependant, même si ses pouvoirs sont les mêmes, elle peut en faire un usage différent.

Sur le fond, le droit applicable au personnel de la BCE lui est propre. Elle a précisé à l'article 9 c) de ses conditions emploi qu'elle n'est soumise à aucun droit national ou communautaire en la matière, mais que cependant elle se soumet aux principes généraux du droit – communautaires et nationaux –, des directives et règlements communautaires en matière sociale et que les provisions du statut de ses fonctionnaires pourront être interprétées à l'aune de celles des fonctionnaires de l'Union⁷⁹¹. C'est ainsi qu'en cas de lacunes ou de problèmes d'interprétation, les juridictions de l'Union font appel au droit de la fonction publique, auquel la BCE est ainsi partiellement soumise. Elle applique alors à ses agents des règles qui diffèrent de celles prévues dans le Statut des fonctionnaires de l'Union. Le Tribunal a reconnu à la BCE une « *autonomie fonctionnelle en ce qui concerne le régime applicable à son personnel* »⁷⁹². Ainsi, dans l'affaire *Affari contre BCE*, la requérante demandait l'annulation de la procédure disciplinaire à son encontre sur le fondement, notamment, de son absence d'audition par une commission de discipline⁷⁹³. Or, la BCE n'a pas adopté de règles en ce sens, la requérante ne peut pas alors lui reprocher de ne pas avoir convoqué une telle commission⁷⁹⁴. Similairement, même si, de manière volontaire, la BCE a déjà fait appel à ce type de mécanisme, rien ne lui impose de procéder ainsi dans chaque cas⁷⁹⁵.

Pour l'interprétation des dispositions du statut du personnel de la BCE, le tribunal reconnaît qu'il peut procéder par analogie avec la jurisprudence développée sur le statut des fonctionnaires de l'Union. Mais cette démarche a des limites. Dans l'affaire *Vinci contre BCE*, le TFP a interprété les notions de « décision » et de « mesure » à l'aune de la jurisprudence relative au statut des fonctionnaires⁷⁹⁶. Dans d'autres espèces, il estime que

⁷⁹⁰ *Idem*, § 37.

⁷⁹¹ « *Les conditions d'emploi ne sont régies par aucun droit national spécifique. La BCE applique i) les principes généraux communs aux droits des États membres, ii) les principes généraux du droit communautaire (CE) et iii) les règles contenues dans les règlements et directives (CE) concernant la politique sociale adressés aux États membres. Chaque fois que cela sera nécessaire, ces actes juridiques seront mis en œuvre par la BCE. Il sera dûment tenu compte à cet égard des recommandations (CE) en matière de politique sociale. Pour l'interprétation des droits et obligations prévus par les présentes conditions d'emploi, la BCE prendra dûment en considération les principes consacrés par les règlements, les règles et la jurisprudence s'appliquant au personnel des institutions communautaires.* »

⁷⁹² Tribunal, 22 octobre 2002, *Jan Pflugradt c. BCE*, aff. jtes. T-178/00 et T-341/00, Rec. 2002 p. II-04035, §48.

⁷⁹³ Tribunal, 16 mars 2004, *Elizabeth Afari c. BCE*, aff. T-11/03, Rec. fonction publique 2004 p. I-A-00065 p.II-00267, §57 et 58 (arguments de la requérante sur ce point).

⁷⁹⁴ *Idem*, §60-62.

⁷⁹⁵ *Idem*, §66-67.

⁷⁹⁶ TFP, 16 septembre 2009, *Fiorella Vinci c. BCE*, aff. F-130/07, non publiée, §44 : « *En l'absence d'une définition explicite des notions de "décision" et de "mesure" employées à l'article 42 des conditions d'emploi, il convient d'interpréter ces notions sur le modèle de l'acte faisant grief au sens de l'article 90, paragraphe 2, et de l'article 91, paragraphe 1, des Statuts des fonctionnaires des Communautés européennes (ci-après le "statut")* ». Le TFP a aussi appliqué la notion d'acte faisant grief conformément à la jurisprudence relative au statut des fonctionnaires (TFP, 28 octobre 2010. *Maria Concetta Cerafoli c. BCE*, aff. F-23/09).

lorsque les textes diffèrent trop, le raisonnement par analogie ne peut s'appliquer⁷⁹⁷. Enfin, conformément au souhait exprimé par la BCE dans les conditions d'emploi, la jurisprudence applique à la BCE les principes généraux, notamment relatifs au droit de la fonction publique. Ainsi, la TFP a imposé à la BCE le respect du devoir de sollicitude qui s'impose à toutes les institutions de l'Union⁷⁹⁸.

Dans la gestion quotidienne de son personnel, l'autonomie de la BCE n'est pas plus large que celle des autres institutions. La formule choisie par le tribunal en atteste : « *la BCE, à l'instar, de toute autre institution ou entreprise, dispose d'un pouvoir de direction dans l'organisation de ses services et dans l'affectation de son personnel afin d'accomplir ses missions de service public* »⁷⁹⁹. Ainsi, dans la jurisprudence, la BCE ne jouit pas d'une place totalement à part. Au contraire, elle s'insère dans l'appareil institutionnel mais peut parfois s'affranchir des règles qui le régissent au nom de son indépendance. En substance, l'arrêt « OLAF » reprend une telle vision, ne faisant pas de l'indépendance de la BCE une exception.

2) Retour sur l'arrêt « OLAF » à l'aune de l'indépendance

L'enjeu principal de l'arrêt Commission contre BCE était le degré d'indépendance de la Banque⁸⁰⁰. L'arrêt a permis de clarifier les questions d'intégration de la BCE dans le système institutionnel, la portée de l'obligation de consultation et les conditions dans lesquelles le droit dérivé s'applique à elle⁸⁰¹. La Cour de justice, et notamment les conclusions de l'Avocat général Jacobs sur lesquelles la Cour s'appuie substantiellement, a « recontextualisé » le principe d'indépendance de la BCE et l'a ainsi limité. La BCE avait une vision extensive de la portée de son indépendance. Comme le rappellent les conclusions de l'Avocat général : « *À son avis, l'indépendance accordée à la BCE par l'article 108 CE vaut pour toutes les tâches et obligations qui lui sont attribuées par le traité et les statuts et non exclusivement pour ses missions principales énumérées à l'article 105, paragraphe 2, CE* »⁸⁰². L'Avocat général adopte une vision fonctionnelle de la BCE, qui limite la portée de son indépendance. Fondée sur les rapports réels qu'elle entretient avec les autres institutions, ce raisonnement invite à relativiser le principe.

L'Avocat général reprend majoritairement les arguments de la Commission. Cette dernière estimait que « *l'indépendance de la BCE au sein du traité est d'ordre fonctionnel et se limite à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de ses missions spécifiques* »⁸⁰³. Ainsi, le principe ne vise pas à couper la BCE de l'Union – et des principes qui la régissent – mais de

⁷⁹⁷ Voir *idem*, §52 et TFP, 4 décembre 2008, Jessica Blais c. BCE, aff. F-6/08, non publié, §67-70 ; TFP, 27 septembre 2011, Sarah Whitehead c. BCE, aff. F-98/09, non publié, §48.

⁷⁹⁸ TFP, 5 décembre 2010, Roberta Saracco c. BCE, aff. F-66/09, non publié, §106.

⁷⁹⁹ Tribunal, 22 octobre 2002, Jan Pflugradt c. BCE, précité, §54.

⁸⁰⁰ « *The ECJ's judgment is an important precedent in the constitutional law of Monetary Union (...) because it clarifies the status of the ECB as a Community institution, rejects an expansive ECB claim of autonomy from the Community framework, and sets the parameters of the ECB's independence* » GOEBEL R.J., « Cour of Justice Oversight over Central Bank: Delimiting the ECB's Constitutional Autonomy and Independence in the OLAF Judgement », précité, pp. 610-611.

⁸⁰¹ Voir sur ces thèmes, les développements dans la Partie précédente.

⁸⁰² Conclusion de l'Avocat Général Jacobs du 3 octobre 2002, Commission c. BCE, précité, §146.

⁸⁰³ *Idem*, §147.

limiter l'influence des États et des institutions sur ses décisions. Ainsi, pour Francis Jacobs : « *il est évident que l'indépendance ainsi affirmée n'est pas une fin en soi ; elle sert un objectif précis* » à savoir de « *permettre à la BCE de poursuivre efficacement l'objectif de la stabilité des prix et, dans le respect de cet objectif, à soutenir les politiques économiques de la Communauté* »⁸⁰⁴. Au-delà de cet objectif, l'indépendance de la BCE est limitée⁸⁰⁵. La BCE ne peut s'en servir pour s'isoler complètement des autres institutions comme de la Cour de justice. Cette dernière confirme une telle conclusion : « *il ressort du libellé même de l'article 108 CE, {que} les influences externes dont cette disposition entend protéger la BCE et ses organes de décision sont celles qui seraient susceptibles d'interférer avec l'accomplissement des "missions" dont le traité CE et les statuts du SEBC investissent la BCE* »⁸⁰⁶. Dans tous les autres domaines, la BCE peut alors être soumise au législateur⁸⁰⁷.

Les arguments de la Cour de justice soutenant une telle conclusion sont limités⁸⁰⁸. L'Avocat général est beaucoup plus disert sur ce point. Il s'appuie sur les dispositions du traité qui instaurent : « *un certain degré de coopération entre les institutions communautaires responsables de la politique économique de la communauté* » et qui « *instituent (...) une certaine forme de contrôle démocratique pour la BCE* »⁸⁰⁹. Ainsi, l'indépendance de la BCE n'est pas une exception au sein de l'Union et que, au contraire, « *Analysée correctement, la BCE est un organe communautaire malgré ses pouvoirs uniques en matière de politique monétaire* »⁸¹⁰. L'Avocat général s'appuie notamment sur les obligations de collaboration entre la BCE et les autres institutions de l'Union. Vue sous cet angle, la portée de l'indépendance de la BCE apparaît moins grande sans toutefois être compromise.

§.2 - Une autonomie limitée mais mise à profit

La jurisprudence a limité la portée de l'indépendance de la BCE. Cette dernière n'apparaît pas comme une exception, au contraire les juridictions envisagent les BCE de la même manière

⁸⁰⁴ *Idem*, §150.

⁸⁰⁵ L'Avocat général précise concrètement ce que vise le principe d'indépendance et ainsi sa limite : « *Le traité interdit seulement les influences susceptibles de compromettre la capacité de la BCE à s'acquitter de ses missions de façon effective en vue d'assurer la stabilité des prix, et qui doivent, de ce fait, être considérées comme non souhaitables* », *idem*, §155.

⁸⁰⁶ CJCE 10 juillet 2003, Commission c. BCE, aff. C-11/00, précité, §134.

⁸⁰⁷ « *Il résulte de ce qui précède que rien ne permet d'exclure a priori que le législateur communautaire puisse, au titre des compétences dont il dispose en vertu du traité CE et dans les conditions prévues par ce dernier, adopter des mesures normatives susceptibles de s'appliquer à l'égard de la BCE* », *idem*, §136.

⁸⁰⁸ « *En effet, il ressort tout d'abord de l'article 105, paragraphe 1, CE que la BCE est destinée à contribuer à la réalisation des objectifs de la Communauté européenne, tandis que l'article 8 CE précise que la BCE agit dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par le traité CE et les statuts du SEBC. Ensuite, ainsi que l'a rappelé la Commission, la BCE se trouve, dans les conditions prévues par ce traité et lesdits statuts, soumise à divers contrôles communautaires, notamment à ceux de la Cour de justice et de la Cour des comptes. Enfin, il apparaît que les auteurs du traité CE n'ont nullement entendu soustraire la BCE à toute forme d'intervention normative du législateur communautaire, ainsi qu'en témoignent, notamment, les articles 105, paragraphe 6, CE, 107, paragraphes 5 et 6, CE, ainsi que 110, paragraphes 1, premier tiret, et 3, CE, invoqués par la Commission.* », *idem*, §135.

⁸⁰⁹ Avocat Général Jacobs du 3 octobre 2002, Commission c. BCE, précité, §158.

⁸¹⁰ « *Properly analyzed, the ECB is a Community organ, regardless of its unique power in monetary policy* », GOEBEL R.J., « *Cour of Justice Oversight over Central Bank: Delimiting the ECB's Constitutional Autonomy and Independence in the OLAF Judgement* », précité, p. 644.

que les autres institutions de l'Union. Le raisonnement peut être poussé. La Cour, et la doctrine, ont depuis longtemps dégagé des principes régissant les relations entre les institutions.

Leur application au cas de la BCE conduit à limiter l'ampleur de son indépendance (A). Bien qu'intégrée aux rapports entre institutions, la BCE a été amenée à jouer un rôle central dans la direction économique de l'ensemble de la zone euro. Le déséquilibre entre le pilier économique et le pilier monétaire a laissé un vide – dû à la faiblesse des dispositifs du gouvernement économique – rapidement comblé par la BCE. Omniprésente, et intransigeante, la BCE a pris une place essentielle, que la crise a confortée (B).

A. *Une indépendance relative dans le cadre inter-institutionnel*

L'Union européenne réalise un subtil équilibre entre l'autonomie de ses institutions et leur « *intrication fonctionnelle* »⁸¹¹. La prise de décision, législative notamment, ne peut se faire que par une collaboration constante des trois institutions impliquées. Dans le domaine de l'UEM, la même logique prévaut à un degré moindre. Ainsi, la BCE est intégrée à la prise de décision de l'Union et les autres institutions participent à celle de la BCE (2). Pour fonctionner, un tel système repose sur une répartition claire des tâches et des compétences entre les institutions. Garantie par la Cour de justice à l'aide du principe d'équilibre institutionnel⁸¹², cette répartition invite à relativiser la portée de l'indépendance de la BCE (1).

1) L'indépendance relative de la BCE à l'aune du principe d'équilibre institutionnel
Bien qu'il trouve ses fondements dans la jurisprudence, le principe d'équilibre institutionnel a ses origines dans la construction même du système institutionnel. Il est d'ailleurs compliqué d'en retracer l'historique tant il a été présent dès les premiers arrêts de la Cour de justice. C'est pourtant à la fin des années quatre-vingt qu'il prend toute sa portée, au regard de laquelle il faudra jauger le principe d'indépendance de la BCE.

Le principe est contenu dans certains arrêts qui ont déjà été croisés. Les arrêts Meroni, Köster et AETR évoquaient déjà l'équilibre institutionnel. Celui-ci a gagné en substance à la fin des années quatre-vingt dix. Les premiers arrêts ne font qu'évoquer le principe et se basent sur lui, sans lui donner de réelle consistance. Ils prohibent seulement le bouleversement de l'équilibre entre les institutions instauré par le traité et se concentrent majoritairement sur les problèmes de délégation de compétence⁸¹³. Ainsi, pour G. Guillerlin, la Cour n'opérait qu'un

⁸¹¹ Selon la formule de C. Blumann et L. Dubouis, voir BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, précité, p. 327.

⁸¹² Sur ce principe voir GUILLERMIN G., « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, n° 2, pp. 319-346 ; BLUMANN C., « Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire » in *Clé pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 1639-1659 et » ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, pp. 173-189.

⁸¹³ Ainsi, l'arrêt Meroni précise qu'il faut « voir dans l'équilibre des pouvoirs caractéristique de la structure institutionnelle de la Communauté, une garantie fondamentale accordée par le Traité, notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique ». En conséquence, la Cour prohibe toute délégation qui contreviendrait à ce pouvoir (CJCE, 13 juin 1958, Meroni et Cie c. Haute autorité de la CECA, précité, p. 44). De même dans l'arrêt Köster, la Cour estime que « sans fausser la structure communautaire et

« *contrôle implicite du respect du principe* »⁸¹⁴. Au fil des années quatre-vingt le principe va gagner en force, jusqu'à l'arrêt dit « Tchernobyl » où la Cour précise clairement la portée et le rôle majeur du principe, à savoir : « *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* »⁸¹⁵. La Cour de justice va accepter explicitement de se charger de ce contrôle⁸¹⁶.

Le rôle contentieux accordé à ce principe et son importance en doctrine le rendent incontournable. La Cour rappelle que le traité a « *mis en place un système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la Communauté, qui attribue à chacune sa propre mission dans la structure institutionnelle de la Communauté et dans la réalisation des tâches confiées à celle-ci* »⁸¹⁷. Corollaire naturel de ce principe, celui d'autonomie garantit à chaque institution les moyens et l'indépendance nécessaires à l'exercice de ses compétences⁸¹⁸. Il leur garantit les moyens humains et financiers ainsi qu'une autonomie dans leur gestion⁸¹⁹. Les premiers sont constitués par le corps des fonctionnaires communautaires qui sont souvent affectés pour l'ensemble de leur carrière à une même institution, faisant naître un « *patriotisme institutionnel* »⁸²⁰. D'autant que le statut des fonctionnaires reprend la formule rituelle selon laquelle : « *Le fonctionnaire doit s'acquitter de ses fonctions et régler sa conduite en ayant uniquement en vue les intérêts des Communautés, sans solliciter ni accepter d'instructions d'aucun gouvernement, autorité, organisation ou personne extérieure à son institution* »⁸²¹. Au final, le Professeur Roland conclut à une « *indépendance organique des institutions communautaires* »⁸²² et C. Blumann

2

l'équilibre institutionnel, le mécanisme du comité de gestion permet au Conseil d'attribuer à la Commission un pouvoir d'exécution d'une étendue appréciable, sous réserve d'évoquer éventuellement la décision », CJCE, 17 décembre 1970, Köster, aff. 25/70, précité, §9. Voir aussi CJCE, 31 mars 1971, Commission c. Conseil dit AETR, 22/70, précité, §81.

⁸¹⁴ GUILLERMIN G., « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », précité, ici p. 324.

⁸¹⁵ CJCE, 2 mai 1990, Parlement européen contre Conseil, aff. C-70/88, Rec.1990 p. I-0204, § 22.

⁸¹⁶ *Idem*, § 23-25.

⁸¹⁷ *Idem*, § 21.

⁸¹⁸ La doctrine n'est pas unanime sur les rapports entre ces deux principes. S. Roland les traite successivement dans sa thèse mais au sein d'une même section relative à « *L'indépendance organique de principe des institutions du triangle décisionnel communautaire* » (ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, p. 159) et ne manque pas de rappeler la complémentarité des deux (p. 183). C. Blumann, en revanche, évoque l'autonomie de chaque institution comme une conséquence, un corollaire, de l'équilibre institutionnel. Pour lui il s'agit d'un « *principe protecteur de l'autonomie respective des institutions communautaires* » (BLUMANN C., « *Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire* », précité, p. 1650).

⁸¹⁹ Sur la reconnaissance de l'autonomie des institutions dans leur organisation interne, voir la jurisprudence citée au Chapitre 2 du Titre 2 de la Première partie au sujet des décisions internes aux institutions. Voir aussi ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, pp. 160-167.

⁸²⁰ BLUMANN C., « Le droit de la fonction publique » DUBOUIS L. (dir), *Droits nationaux, droit communautaire, influences croisées*, La documentation française, Paris, 2000, p. 126, cité par ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, p. 170. Sur les fondements de leur autonomie financière voir pp. 171-173.

⁸²¹ Article 11 des Statuts des fonctionnaires 259/68/CE,CECA,Euratom du Conseil du 29 février 1968, JO n° L 56 du 4 mars 1968, modifié à de nombreuses reprises, voir la version consolidée disponible en ligne).

⁸²² ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, p. 173.

évoque une « *autonomie institutionnelle et décisionnelle* » et rappelle que « *les traités reconnaissent et même établissent l'indépendance respective des institutions* »⁸²³.

Le principe d'équilibre institutionnel a alors pour rôle de protéger l'indépendance de chaque institution contre l'empiètement des autres sur ses domaines de compétence. Replacée dans ce contexte, l'indépendance de la BCE ne semble pas une exception, au contraire – sous cet angle – elle s'inscrit dans l'architecture institutionnelle qui garantit à chaque institution les moyens et la liberté de poursuivre les buts qui lui sont assignés par le traité. Cela permet de relativiser la portée du principe. Cette relativité se confirme avec la prise en compte du principe de coopération loyale, l'un des « *alliés naturels de l'équilibre institutionnel* »⁸²⁴ puisque l'indépendance de la BCE n'a pas pour effet de l'isoler dans le système institutionnel ; au contraire, le traité prévoit son intégration dans les rapports entre institutions.

2) L'intégration de la BCE dans les relations interinstitutionnelles

Contrairement à l'équilibre institutionnel, qui n'a qu'une vocation horizontale, le principe de coopération loyale a un effet vertical – entre l'Union et les États membres⁸²⁵ mais aussi entre les institutions entre elles. Consacrée comme institution, la BCE se voit alors soumise à ce principe. Mais, dès sa création, il s'appliquait, de fait, à elle puisque le traité organise ses rapports avec les autres institutions. Outre le droit d'initiative et les obligations de consultation de la BCE, déjà abordés, ces rapports s'organisent selon deux modalités : les participations croisées entre les institutions et leur participation commune à des organes.

Le principe a été consacré comme principe général du droit par la Cour de justice dans l'arrêt *Commission contre Belgique* de 1990⁸²⁶. L'origine du principe réside, comme pour l'équilibre institutionnel, dans la répartition des fonctions entre les différentes institutions. Chacune se voyant attribuer un rôle précis, leurs interactions sont rendues indispensables⁸²⁷. Le « *contenu juridique* » de ce principe est limité⁸²⁸. Il comprend « *l'obligation positive pour les institutions de rechercher les modalités les plus efficaces de leur coordination* »⁸²⁹. La Cour de justice les laisse libre de définir ces modalités. Plus déterminante est « *la portée politique de ce principe* » qui est la mise en place d'un « *cadre juridique de négociations* »⁸³⁰. C'est

⁸²³ BLUMANN C., « Équilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », précité, p. 1648 et 1646.

⁸²⁴ *Idem*, p. 1657.

⁸²⁵ Voir le titre précédent.

⁸²⁶ Voir, CJCE, 27 septembre 1988, République Hellénique c. Conseil, aff. 24/86, Rec. 1988 p. 05323, § 16 et CJCE, 5 avril 1990, Commission c. Belgique, aff. C-6/89, Rec. 1990 p. I-01595.

⁸²⁷ Comme l'explique le Pr. Roland : « *De manière plus générale, la coopération interinstitutionnelle apparaît comme une conséquence induite mécaniquement du partage de fonctions entre les acteurs de la triade communautaire* », ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, p. 235.

⁸²⁸ Selon la formule de S. Roland, *idem*, p. 238. Il identifie « *l'interdiction faite aux institutions de bloquer le processus décisionnel* » (voir CJCE, 30 mars 1995, Parlement européen c. Conseil, aff. C-65/93, Rec. 1993 p. I-643 notamment §23-28).

⁸²⁹ ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs*, précité, p. 240.

⁸³⁰ *Idem*, p. 241 et 242.

dans cet esprit qu'est organisée la relation entre la BCE et les autres institutions de l'Union. Ces relations tentent de poser les bases d'un *policy-mix*, à savoir une coordination des politiques économiques des États membres et la politique monétaire unique de la BCE. Cependant, C. Noyer précisait dès 1999 les difficultés d'un tel exercice et rappelle que « *La focalisation sur la stabilité des prix ne permet pas de prendre les décisions de politique monétaire en fonction des effets prévisibles des mesures budgétaires et structurelles* »⁸³¹.

L'exemple topique de ces logiques concurrentes, de coopération et de respect de l'indépendance, est la participation de membres du Conseil et de la Commission au conseil des gouverneurs de la BCE. L'article 284 du TFUE prévoit que le Président du Conseil et qu'un membre de la Commission peuvent assister au conseil des gouverneurs, sans pour autant pouvoir voter⁸³². Cette disposition est cruciale car, comme le rappelle l'Avocat général Jacobs, « *leur statut ne se limite pas à celui de simples observateurs* »⁸³³. Pour lui, ils ont « *le droit de prendre la parole afin d'influencer, dans les limites du raisonnable, la prise de décisions par les organes dirigeants de la BCE* »⁸³⁴.

D'après les conclusions du Conseil européen de Luxembourg de décembre 1997, lors de ces réunions le Président du Conseil présente l'opinion de son institution sur la situation économique et peut discuter les orientations de la politique de change⁸³⁵. D'autant que le Président du Conseil a, en vertu de l'article 283 paragraphe 1 alinéa 2 du TFUE, le droit de soumettre une motion au vote du conseil des gouverneurs. En pratique, lorsque le Conseil n'est pas présidé par un État membre de la zone Euro, le président de l'Eurogroupe le remplace. Dans les faits, c'est lui qui assiste aux réunions du conseil des gouverneurs⁸³⁶. J.-V. Louis s'interroge sur la nature des motions qu'il peut proposer et notamment si elle peut porter sur la matière monétaire. En l'absence de pratique, et de contentieux, en la matière, il est délicat de répondre⁸³⁷. Symétriquement, le président de la BCE est invité aux réunions du Conseil Ecofin et de l'Eurogroupe. Pour le premier, il n'est invité que dans les cas où les

⁸³¹ NOYER C., « Le passé récent et le grand avenir de l'euro », 23 février 2000. Quelques années plus tard, il estimait que : « *nul n'est besoin de coordonner davantage la politique monétaire et les politiques budgétaires dans la zone euro si tous les niveaux de pouvoir agissent dans le cadre clair, à moyen terme, qu'ont établi le Traité de Maastricht et le Pacte de stabilité et de croissance* » (NOYER C., « La France, l'Europe, l'euro et la BCE », précité).

⁸³² La même règle s'applique pour le conseil général, voir l'article 45 §2 des Statuts.

⁸³³ Conclusions de l'Avocat Général Jacobs du 3 octobre 2002, Commission c. BCE, précité, §156.

⁸³⁴ *Ibidem*. Le Professeur Goebel remarque l'utilisation précise du terme « *influence* » choisi par l'Avocat général Jacobs, quasiment en contradiction avec l'article 130 du TFUE : « *Note that the Advocate General does not hesitate to use the term "influence" to describe the effect that these Treaty-sanctioned Article 113 relationships might have upon the ECB, even though Article 108 of the EC Treaty expressly instructs Community political institutions "not to seek to influence the members of the decision-making bodies of the ECB ... in the performance of their tasks* », GOEBEL R.J., « Cour of Justice Oversight over Central Bank: Delimiting the ECB's Constitutional Autonomy and Independence in the OLAF Judgement », précité, p. 639.

⁸³⁵ « *Le président du Conseil (...) devrait faire rapport au conseil des gouverneurs de la BCE sur l'évaluation que fait le Conseil de la situation économique de l'Union et sur les politiques économiques des États membres et il pourrait discuter avec la BCE du point de vue du Conseil sur l'évolution et les perspectives en matière de taux de change* », Résolution du Conseil européenne sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'UEM et sur les articles 109 et 109B du traité, du 12 décembre 1997, précité, § 12.

⁸³⁶ Voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 190 (voir note 178).

⁸³⁷ *Idem*, p. 190-191.

questions monétaires sont à l'ordre du jour⁸³⁸. Pour l'Eurogroupe, une condition de ce type n'existe pas. Le président de la BCE est invité à y participer mais sans qu'il soit contraint de s'y rendre⁸³⁹.

Les participations croisées ne sont que la partie la plus visible des rapports entre la BCE et les autres institutions. Elle collaborent plus étroitement au sein de deux comités : le Comité économique et financier (CEF) et le Comité de politique économique (CPE)⁸⁴⁰.

Le premier, successeur du Comité monétaire, est institué en vertu de l'article 134 du TFUE. Ses statuts et sa composition sont précisés par deux décisions du Conseil, prises sur proposition de la Commission et après consultation de la BCE⁸⁴¹. Il a plusieurs formations. La formation de base comprend un représentant de la Commission et de la BCE ainsi que deux membres par État dont un sera issu de l'administration et l'autre de la Banque centrale⁸⁴². La participation à ce comité est soumise à la condition, exigeante, de posséder des « *compétences exceptionnelles dans le domaine économique et financier* »⁸⁴³. Depuis 2003, cette formation plénière est plus rare et le plus souvent le CEF se réunit en formation restreinte, sans les membres des BCN⁸⁴⁴. Ainsi, J.-V. Louis estime que « *la plupart du temps, l'élément "banque centrale" n'est présent (...) que par la participation du représentant, à des niveaux divers, de la BCE* »⁸⁴⁵. Le rôle du Comité est très large⁸⁴⁶. Plusieurs de ses tâches méritent d'être

⁸³⁸ Art. 284 §2 du TFUE « *Le président de la Banque centrale européenne est invité à participer aux réunions du Conseil lorsque celui-ci délibère sur des questions relatives aux objectifs et aux missions du SEBC* ».

⁸³⁹ « *Les ministres des États participant à la zone "euro" peuvent se réunir entre eux de façon informelle pour discuter de questions liées aux responsabilités spécifiques qu'ils partagent en matière de monnaie unique. La Commission ainsi que, le cas échéant, la Banque centrale européenne (BCE), sont invitées à participer aux réunions* », Résolution du Conseil européen sur la coordination des politiques économiques au cours de la troisième phase de l'UEM et sur les articles 109 et 109B du traité, du 12 décembre 1997, précité, §6.

Voir aussi l'article 1 du Protocole 14 annexé au traité de Lisbonne et relatif à l'Eurogroupe : « *La Banque centrale européenne est invitée à prendre part à ces réunions* ».

⁸⁴⁰ Sur le CEF voir : décision du Conseil du 21 décembre 1998, 98/743/CE, sur les modalités relatives à la composition du comité économique et financier, JO L n° 358 du 31.12.1998, pp. 109-110 et décision du Conseil du 18 juin 2003, 2003/476/C, portant révision des Statuts du comité économique et financier, JO L n° 158 du 27.6.2003, pp. 58-60.

Sur ce comité voir DIEZ PARRA I., « Le Comité économique et financier », *Eurodia*, 2000, n° 1, pp. 97-114 ; LOUIS J.-V., « The Eurogroup and economic policy coordination », *Eurodia*, 2001-2002, n° 1, pp. 19-42 et *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 115-119.

Décision du Conseil du 29 septembre 2000 relative à la composition et au statut du comité de politique économique (2000/604/CE), JO L n° 257 du 11.10.2000, pp. 28-31 modifié par la décision du Conseil du 18 juin 2003 modifiant la décision 2000/604/CE relative à la composition et au statut du comité de politique économique (2003/475/CE), JO L n° 158 du 27.6.2003, pp. 55-57. Sur ce comité voir LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, pp. 119-121.

Sur les relations et le rôle respectif de chaque comité voir : MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, pp. 274-279.

⁸⁴¹ Art. 134 §3 du TFUE.

⁸⁴² Décision du Conseil du 21 décembre 1998 sur les modalités relatives à la composition du comité économique et financier (98/743/CE), précité, articles 1 et 3.

⁸⁴³ *Idem*, art. 2. J.-V. Louis rappelle que cette condition est plus stricte que celle pour être membre du directoire (LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 116).

⁸⁴⁴ Voir la décision du Conseil du 18 juin 2003 portant révision des Statuts du comité économique et financier (2003/476/CE), précité, annexe I, art. 4.

⁸⁴⁵ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 117.

⁸⁴⁶ Voir l'article 134 §2 du TFUE :

« *Le comité économique et financier a pour mission:*

- *de formuler des avis, soit à la requête du Conseil ou de la Commission, soit de sa propre initiative, à l'intention de ces institutions;*

soulignées. L'article 2 de ses statuts précise qu'il doit « *former le cadre dans lequel le dialogue entre le Conseil et la Banque centrale européenne (BCE) peut être préparé et poursuivi au niveau des hauts fonctionnaires des ministères, des banques centrales nationales, de la Commission et de la BCE* ».

Ensuite, il élabore les grandes orientations de politique économique dites GOPE. Fondées sur l'article 121 du TFUE et adoptées par le Conseil européen, elles assurent la coordination et la convergence des politiques économiques des États membres⁸⁴⁷. Ainsi, la BCE est intégrée au processus de rédaction et de mise en œuvre de ces normes fondamentales. Enfin, le CEF prépare les réunions du Conseil Ecofin et de l'Eurogroupe, qui échappent ainsi au COREPER⁸⁴⁸. La BCE est alors intégrée à toute la préparation des décisions majeures dans le domaine de l'UEM⁸⁴⁹.

Le CPE a un rôle plus limité. Il a été institué en 1974. Dans sa composition actuelle, datant de 2003, il comprend deux membres issus de la Commission, des États membres et de la BCE⁸⁵⁰. Il a un rôle de préparation des travaux du Conseil⁸⁵¹. Pour F. Martucci : il « *joue un rôle résiduel (...) par rapport à celui du CEF* »⁸⁵². Il s'est alors spécialisé sur les politiques

2

- de suivre la situation économique et financière des États membres et de l'Union et de faire rapport régulièrement au Conseil et à la Commission à ce sujet, notamment sur les relations financières avec des pays tiers et des institutions internationales;

- sans préjudice de l'article 240, de contribuer à la préparation des travaux du Conseil visés aux articles 66 et 75, à l'article 121, paragraphes 2, 3, 4 et 6, aux articles 122, 124, 125 et 126, à l'article 127, paragraphe 6, à l'article 128, paragraphe 2, à l'article 129, paragraphes 3 et 4, à l'article 138, à l'article 140, paragraphes 2 et 3, à l'article 143, à l'article 144, paragraphes 2 et 3, et à l'article 219, et d'exécuter les autres missions consultatives et préparatoires qui lui sont confiées par le Conseil;

- de procéder, au moins une fois par an, à l'examen de la situation en matière de mouvements des capitaux et de liberté des paiements, tels qu'ils résultent de l'application des traités et des mesures prises par le Conseil; cet examen porte sur toutes les mesures relatives aux mouvements de capitaux et aux paiements; le comité fait rapport à la Commission et au Conseil sur les résultats de cet examen. »

Sur ces fonctions, voir DIEZ PARRA I., « La Comité économique et financier », précité, pp. 105-110.

⁸⁴⁷ « Les GOPE ont pour objet de fixer, par le biais de lignes directrices arrêtées dans les faits par le Conseil européen, donc au plus haut niveau politique de la Communauté, les principaux objectifs et décisions relatifs aux politiques économiques conjoncturelles mais aussi structurelles menées par les États membres. Les GOPE représentent, par conséquent, une analyse conjointe des perspectives économiques et une vision synthétique des objectifs de l'Union. Elles indiquent également les meilleures pratiques à employer et constituent une référence pour définir et apprécier l'ensemble des autres politiques économiques par le biais d'un processus de surveillance par les pairs », CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro – Recherches sur l'intégration par la différenciation dans la construction européenne*, précité, p. 65. Sur le rôle des GOPE voir plus généralement la thèse de M. Clerc et aussi celle de F. Martucci (*L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, précité).

⁸⁴⁸ I. Diez Parra évoque : « la pratique, qui se renforce de plus en plus, consiste à examiner, à discuter, à amender les textes législatifs proposés par la Commission dans le domaine de l'Union économique et monétaire au sein du CEF », DIEZ PARRA I., « Le Comité économique et financier », précité, p. 113. Même si comme le précise l'auteur, l'article 134 alinéa 2 les fonctions du CEF doivent être exercées « sans préjudices » de celle du COREPER, dans les faits ce dernier se trouve désaisi (voir aussi LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 118).

⁸⁴⁹ Pour F. Martucci : « Ces pouvoirs dépassent, en pratique, de loin la seule portée consultative car il est bien improbable que, sauf pour les questions les plus importantes, le niveau ministériel revienne sur le texte ayant fait l'objet d'un consensus au sein du CEF », MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 277.

⁸⁵⁰ Décision du Conseil du 18 juin 2003 modifiant la décision 2000/604/CE relative à la composition et au statut du comité de politique économique (2003/475/CE), précité, art. 4 de l'annexe I.

⁸⁵¹ *Idem*, art. 1.

⁸⁵² MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, pp. 277-278.

structurelles⁸⁵³. La BCE est ainsi intégrée dans les forums qui visent à coordonner les politiques économiques des États membres. Ainsi, loin d'heurter l'indépendance de la BCE, ces mécanismes de coopération poursuivent un but de concertation et de débat permettant à chaque partie prenante de l'UEM d'exprimer sa position afin, éventuellement, de convaincre les autres. Ainsi, « *Les rapports entre les institutions politiques et monétaire relèvent, en somme, d'une logique d'influence plutôt que de pouvoir* »⁸⁵⁴. Mais le faible impact de cette coordination a permis à la BCE de s'imposer comme une institution centrale au sein de l'Union.

B. L'indépendance de la BCE et son affirmation sur la scène interinstitutionnelle

En 2006, avant même les crises, le premier ministre luxembourgeois et président de l'Eurogroupe déclarait : « *la Banque centrale européenne est le véritable maître du jeu des politiques non seulement monétaires, mais également économiques de l'Union européenne* »⁸⁵⁵. Une telle conclusion est logique. Le déséquilibre entre le volet économique et le volet monétaire de l'UEM a permis à la BCE de prendre une place centrale dans le domaine économique (1). La crise financière, mais surtout la crise des dettes souveraines qui l'a suivie, a mis en avant l'efficacité de la gestion des crises par la BCE et la faiblesse de celles des gouvernements, en partie responsables du deuxième acte. La BCE sort alors renforcée de cette épreuve (2).

1) Avant la crise : le déséquilibre du gouvernement économique et la place centrale de la BCE

Ce n'est certainement pas intentionnellement que la BCE a pris une place centrale dans les politiques économiques de l'Union. Dès 1999, T. Padoa-Schioppa prévenait que « *seule une pensée superficielle peut confondre indépendance et solitude et prendre le point de vue que le manque d'union politique renforce la position de la BCE et accroît sa liberté dans l'accomplissement de sa mission* »⁸⁵⁶. Force est de constater que les développements de l'UEM ont donné tort à l'illustre banquier central. Cependant, ce n'est pas l'absence d'Union politique qui a renforcé la BCE, mais l'inefficacité des moyens de coordination des politiques économiques des États membres. Le processus même de coordination économique est structurellement plus complexe que l'unification de la politique monétaire⁸⁵⁷.

⁸⁵³ « *Il est devenu un comité spécialisé en matière de politiques structurelles visant à améliorer le potentiel de croissance et l'emploi dans la Communauté en fournissant au Conseil des analyses économiques, des avis méthodologiques et des projets de rédaction de recommandations* », *idem*, p. 278.

⁸⁵⁴ MAGNETTE P., *Contrôler l'Europe – Pouvoirs et responsabilités dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, 175 p., ici p. 62.

⁸⁵⁵ 1^{er} février 2006, discours tenu lors du déjeuner-débat à la Maison de l'Europe, Paris (http://www.gouvernement.lu/salle_presse/discours/premier_ministre/2006/02/01juncker_maison_europe/index.html).

⁸⁵⁶ « *only a superficial thinker could confuse independence with solitude and take the view that the lack of political union strengthens the position of the central bank and makes it freer to fulfil its mission* » PADOA-SCHIOPPA T., « Eurosystem: new challenges for old missions », précité.

⁸⁵⁷ « *s'il peut être relativement aisé de concevoir une politique monétaire intégrée, de par l'unicité et l'indivisibilité de la nature de celle-ci, il est particulièrement difficile de concevoir une politique économique*

Le traité prévoyait des outils de coordination des politiques économiques qui sont, paradoxalement, nombreux. Seuls deux d'entre eux seront étudiés ici : le Pacte de stabilité et les GOPE⁸⁵⁸. Le contenu du Pacte a déjà été évoqué⁸⁵⁹, ce sont ses mécanismes de sauvegarde qui vont être abordés. Leur évolution illustre le caractère laxiste du pilier économique. Les fondements juridiques du Pacte lui fournissent pourtant une assise solide, à savoir l'article 126 du TFUE, un protocole annexé au traité⁸⁶⁰ et un règlement⁸⁶¹ ; dont les deux derniers sont uniquement relatifs la procédure concernant les déficits excessifs⁸⁶².

Sans entrer dans les détails de cette procédure⁸⁶³, la Commission joue un rôle central de supervision puis d'initiative⁸⁶⁴. C'est à elle de détecter le déficit excessif puis de saisir le Conseil⁸⁶⁵. Ce dernier agit en deux temps, il doit commencer par adresser des recommandations aux Etats⁸⁶⁶ puis, si elle ne sont pas suivies d'effet, il peut prononcer des sanctions⁸⁶⁷. La procédure est contraignante mais sa pratique l'a largement assouplie, au point de la rendre quasiment ineffective.

Ainsi, en 2003 la Commission proposait une recommandation afin de sanctionner l'Allemagne et la France⁸⁶⁸. Le Conseil a refusé de voter la recommandation (faute de réunion de la majorité requise), après avoir pourtant voté des mises en demeure à l'encontre de ces deux Etats. La Commission a introduit un recours devant la Cour de justice⁸⁶⁹. Celle-ci a déclaré irrecevable la partie du recours visant à annuler la non adoption par le Conseil des recommandations de la Commission⁸⁷⁰. En revanche, la Commission demandait aussi l'annulation de la conclusion du Conseil suspendant la procédure de recours excessif. La Cour

2

intégrée tant la politique économique est multiple et hétérogène », VIGNERON P., « La construction incomplète de la zone Euro » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 35-55, ici p. 36.

⁸⁵⁸ Pour une étude exhaustive de ces moyens voir MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité et CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro*, précité.

⁸⁵⁹ Voir *supra* Introduction.

⁸⁶⁰ Protocole n° 12 sur la procédure concernant les déficits excessifs.

⁸⁶¹ Règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JO L n° 209 du 2.8.1997, pp. 6-11.

⁸⁶² Ils sont complétés par une résolution du Conseil européen relative au pacte de stabilité et de croissance, Amsterdam, 17 juin 1997 (JO C n° 236 du 02.08.1997). Sur la nature juridique de cet ensemble disparate, voir CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro*, précité, pp. 94-98.

⁸⁶³ Pour plus de détails voir *idem*, p. 127-129, MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, pp. 287-308, LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, pp. 102-108.

⁸⁶⁴ Art. 126 TFUE §2 et 3.

⁸⁶⁵ Art. 126 TFUE §4. Après avis du Comité économique et financier où la BCE pourra ainsi se prononcer sur le déficit.

⁸⁶⁶ Art. 126 TFUE §6 à 8.

⁸⁶⁷ Art. 126 TFUE §11.

⁸⁶⁸ La logique de Pacte de stabilité d'une coordination économique fondée sur des normes contraignantes est pourtant typique allemande, ordolibérale notamment. Ainsi, O. Issing – le premier membre allemand du directoire – estime que l'UEM peut fonctionner sans une union politique mais uniquement si le PSC est appliqué avec rigueur (voir ISSING O., « The euro – a currency without a state », 24 mars 2006).

⁸⁶⁹ CJCE, 3 juillet 2004, Commission c. Conseil, aff. C-27/04, Rec. 2004 p. I-06649.

⁸⁷⁰ *Idem*, §§29-36.

précise assurer l'effet utile des dispositions du pacte⁸⁷¹ et annule les conclusions au motif qu'elle n'ont pas été adoptées selon la procédure idoine⁸⁷².

La déclaration d'irrecevabilité a pour effet de donner au Conseil une large marge de manœuvre dans l'imposition de sanctions et ainsi assouplir la procédure⁸⁷³. Enfin, en 2005 a été voté un règlement venant modifier, mais surtout affaiblir, cette procédure⁸⁷⁴. La réforme assouplit la règle des 3% autorisés de déficits et, à terme, rend très peu probable l'imposition de sanctions⁸⁷⁵; avant que cette question ne revienne au cœur de l'actualité politique et juridique

Pour les GOPE, les questions ne se sont jamais posées avec autant d'acuité. Leur force normative a toujours été considérée comme limitée et aucun mécanisme coercitif n'est prévu pour les soutenir. Adoptées sous la forme d'une recommandation, leur caractère normatif est douteux⁸⁷⁶. Leur portée n'a jamais été très grande⁸⁷⁷ et les mécanismes de sanction prévus se limitent à des recommandations du Conseil⁸⁷⁸. Pour résumer, comme le dit P. Vigneron : « *La pression par les pairs ne fonctionne tout simplement pas* »⁸⁷⁹.

Force est de constater l'échec des instruments de la coordination économique qui affaiblit les institutions en charge de ce volet, et notamment l'Eurogroupe. Elle s'avèrent incapables d'adopter une véritable politique économique. La BCE se retrouve alors dans une « *solitude institutionnelle* » selon la formule du Professeur Bourrinet⁸⁸⁰. Cela l'a conduite à se replier sur elle-même⁸⁸¹ et sur son objectif principal de stabilité des prix⁸⁸². Le caractère « *inaccessible* »

⁸⁷¹ *Idem*, §§74

⁸⁷² « *les recommandations contenues dans ces conclusions du Conseil ont été adoptées non pas selon les modalités de vote prévues pour des recommandations du Conseil au titre de l'article 104, paragraphe 7, CE, mais selon celles prévues pour une décision au titre de l'article 104, paragraphe 9, CE, c'est-à-dire moyennant la participation au vote des seuls États membres de la zone euro.* », *idem*, §95.

⁸⁷³ « *La Cour, en jugeant irrecevable le recours de la Commission, semble mettre en avant la marge de manœuvre du Conseil qui détient dès lors un véritable pouvoir discrétionnaire lui permettant de contrôler la procédure de déficit excessif* », CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro*, précité, p. 179.

⁸⁷⁴ Règlement 1056/2005/CE du Conseil du 27 juin 2005 modifiant le règlement 1467/97/CE visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JO L n° 174 du 7.7.2005, p. 5-9.

⁸⁷⁵ Pour O. Clerc : « *cet assouplissement considérable de la règle semble aboutir à la remise en cause de la coordination coercitive telle qu'elle est organisée dans le PSC en annihilant toute probabilité d'application des sanctions qu'il prévoit* », CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro*, précité, p. 336.

⁸⁷⁶ Voir *idem*, p. 88-93.

⁸⁷⁷ Pour O. Clerc : « *Les GOPE n'ont, en effet, acquis ni le statut, ni les qualités nécessaires à l'accomplissement du nouvel objectif qui leur a été confié* », *idem*, p. 344. Sur cet arrêt, voir aussi MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, pp. 308-312 et LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, pp. 104-106.

⁸⁷⁸ Art. 121 §4 du TFUE.

⁸⁷⁹ VIGNERON P., « *La construction incomplète de la zone Euro* », précité, p. 45. Il développe sa pensée « *La pression par les pairs ne fonctionne tout simplement pas dans une construction de nature politique car les États membres sont soucieux de ne pas malmenier un partenaire "fautif", qui s'écarte de certains objectifs ou s'exonère de certaines obligations, parce qu'ils craignent d'être un jour à leur tour dans une telle situation* ».

⁸⁸⁰ BOURRINET J., « *Des appréciations nuancées sur le fonctionnement de la zone euro au fil des observations externes* » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 81-98, ici p. 91.

⁸⁸¹ Pour le Professeur Grard « *la Banque centrale européenne ne semble guère disposée à renforcer ses liens avec les instances où se coordonnent les politiques économiques* », GRARD L., « *La gouvernance de la zone euro. La troisième voie pour faire l'Europe après les méthodes intergouvernementales et communautaire : la coordination* », *RAE*, 2001-2002, pp. 166-181.

d'un véritable *policy-mix*⁸⁸³, voire simplement d'une coordination efficace des politiques économiques, rend *de facto* la BCE responsable de la politique économique de la zone euro – réduite à la politique monétaire – et accroît son influence. En effet, la création de l'euro n'a eu aucun effet de *spill-over* institutionnel en matière d'union économique, au contraire, la crise de pacte de stabilité montre un recul de ces mécanismes favorisant alors le déclenchement de la crise des dettes souveraines⁸⁸⁴. Cet isolement a eu pour effet pervers de conduire la BCE à être « *arc-boutée sur la stabilité des prix* »⁸⁸⁵, ceci jusqu'à la crise qui l'a obligée à assouplir sa politique monétaire.

2) La crise et le rôle déterminant pris par la BCE

Les causes de l'expansion du rôle de la BCE sont multiples. La première est à chercher dans la réactivité et la souplesse dont elle a fait preuve dès le début de la crise des *subprimes* par le biais des mesures non conventionnelles. Elle a ainsi gagné une crédibilité qui lui a permis de jouer un rôle déterminant par la suite et a encouragé les États membres à l'intégrer dans toutes les discussions. Très vite, elle est apparue comme la seule institution capable, à court terme, de rassurer les marchés, ou à tout le moins, la plus efficace pour le faire. Le contraste a été saisissant entre la rapidité et la qualité de la réaction de la Banque centrale et les réactions lentes et parfois désordonnées des États⁸⁸⁶.

Face aux crises, le cadre de la politique monétaire s'est montré souple afin de s'adapter aux exigences des marchés. Il n'est pas nécessaire d'y revenir ici. Par son efficacité, cette réaction a placé la BCE en position de force. La réaction des États, face à ce premier acte de la crise a été plus dispersée et les plans nationaux de sauvetage se juxtaposaient plus qu'ils ne se coordonnaient⁸⁸⁷. Déjà, la BCE était associée aux instances chargées de répondre à la crise. Ainsi, le Président de la BCE est invité le 4 octobre 2008 au sommet réunissant la France,

2

⁸⁸² « *Le caractère désorganisé du pilier économique de l'UEM, marqué par l'absence d'un véritable gouvernement économique, contribue également à rendre particulièrement difficile toute collaboration avec la BCE. Située au sommet d'un système organisé de manière fédérale et totalement indépendant des États, la BCE se retrouve alors paradoxalement isolée car privée d'interlocuteur crédible et a ainsi tendance à se focaliser sur sa mission principale, la stabilité des prix* », CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro*, précité, p. 412.

⁸⁸³ Selon la formule du Pr. Bourrinet (BOURRINET J., « Des appréciations nuancées sur le fonctionnement de la zone euro au fil des observations externes », précité, p. 91, voir plus généralement pp. 91-94). Sur cette incapacité voir CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro*, précité, pp. 367-395 ; GRARD L., « La gouvernance de la zone euro... », précité, pp. 176-179.

⁸⁸⁴ Voir, PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons*, précité, pp. 59-60.

⁸⁸⁵ GRARD L., « La gouvernance de la zone euro... », précité, p. 181.

⁸⁸⁶ « *Autant la réaction rapide et pertinente de la Banque centrale européenne (BCE) allait, pour une fois, faire l'unanimité des commentateurs et contribuer à faire taire des années de critiques plus ou moins intellectuellement honnêtes face à l'indépendance de sa politique, autant la réaction des gouvernements allait révéler au grand jour la faiblesse de la coordination des politiques économiques nationales et la difficulté d'édifier un cadre commun au niveau de la zone euro* », VIGNERON P., « Introduction » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, p. 9-16, ici p. 9.

Pour un historique de cette crise et les avancées lentes des États membres, voir MISTAL J., « En fin une gouvernance économique de la zone Euro », *Politique étrangère*, 2011, n° 4, p. 763-772.

⁸⁸⁷ Voir BOURRINET J., « La zone Euro confrontée à la crise financière et économique de 2008 » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 99-116, ici pp. 99-113. Sur le détail des plans de relance économique voir Banque de France, *La crise financière*, Documents et débats, précité, p. 66-68

l'Allemagne, l'Italie et le Royaume-Uni⁸⁸⁸. Les 15 et 16 décembre de la même année, le Conseil européen décide de la création d'une « *cellule de crise financière* » composée de représentants des gouvernements mais aussi des président de l'Eurogroupe, de la Commission et de la BCE et chargé de « *veiller à la bonne coordination des actions entreprises ou à entreprendre* »⁸⁸⁹.

Depuis lors, et notamment le déclenchement de la crise des dettes souveraines, la BCE a été systématiquement associée aux initiatives de résolution de la crise. L'invitation du Président de la BCE au Conseil est récurrente. La zone euro exigeant une instance spécifique de concertation, le Président Nicolas Sarkozy a convoqué le 11 octobre 2008 le premier « sommet de la zone euro » qui réunissait les chefs d'État ou de gouvernement de la zone ainsi que le Président de la BCE et de la Commission⁸⁹⁰. Ces réunions sont devenue récurrentes, si bien que les déclarations de ces sommets sont systématiquement appelées : « *Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro et des institutions de l'Union* »⁸⁹¹. En novembre 2011, cette instance informelle a muté pour devenir le « *sommet de la zone Euro* »⁸⁹². Il trouve depuis sa base juridique dans l'article 12 du TSCG. Sa composition comprend les chefs d'État ou de gouvernement des États ayant adopté l'euro, le président de la Commission et le président de la BCE qui est « *invité à participer à ces réunions* ». La formule suggère que c'est une invitation de droit et ainsi que c'est au président de décider s'il souhaite s'y rendre. Le sommet se réunit deux fois par an et « *lorsque cela est nécessaire* ». En mars 2012, Herman van Rompuy – le Président du Conseil européen – a été désigné « *président du sommet de la zone euro* »⁸⁹³.

En février 2011, la Commission et la BCE ont été chargées d'évaluer les efforts de tous les membres de la zone euro vers une meilleure santé financière⁸⁹⁴. Elles ont rendu leurs

⁸⁸⁸ En compagnie de celui de la Commission et de l'Eurogroupe.

⁸⁸⁹ Conclusion du Conseil européen de Bruxelles des 15 et 16 octobre 2008, §6. Au paragraphe 2, les conclusions rendent hommage aux banques centrales : « *Le Conseil européen salue les mesures prises depuis le début de la crise financière par la Banque centrale européenne et les Banques centrales nationales concernées ainsi que leur bonne coordination avec les banques centrales des pays partenaires. La liquidité du système financier sera assurée par toutes les autorités afin de préserver la confiance et la stabilité.* »

⁸⁹⁰ Le 21 octobre 2008, le Président Sarkozy déclarait devant le Parlement européen que « *la seule réunion des ministres des finances n'est pas à la hauteur de la gravité de la crise* », cité par BOURRINET J., « La zone Euro confrontée à la crise financière et économique de 2008 », précité, p. 111.

⁸⁹¹ Nous soulignons. Voir, par exemple, celle figurant en annexe des Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011. La déclaration du Sommet des 23 et 24 juin 2011 ou du 21 juillet 2011.

⁸⁹² Voir la « Déclaration du sommet de la zone euro » du 8 novembre 2011.

Sur ce sommet voir, LOUIS J.-V., « Un traité vite fait, bien fait ? Le traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire », *RTDE*, 2012 n°1, pp. 5-22 plus précisément pp. 16-19. Sur l'avancée de l'intergouvernementalisme pendant la crise, voir du même auteur « La nouvelle "gouvernance" économique de l'espace euro » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 405-425 plus précisément pp. 417-418.

⁸⁹³ Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro du 2 mars 2012. Sur cette nomination, voir LOUIS J.-V., « Quelques réflexions préliminaires sur le rôle du président du Conseil européen », précité, pp. 53-54.

⁸⁹⁴ « *Évaluation, par la Commission, en liaison avec la Banque centrale européenne (BCE), des progrès accomplis dans les États membres de la zone euro en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures adoptées pour renforcer la situation budgétaire et les perspectives de croissance* », Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro et des institutions de l'Union annexée aux Conclusions du Conseil européen du 4 février 2011.

conclusions pour la réunion des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro du 4 mars 2011. La BCE a aussi été intégrée au sein de la « troïka », composée de la Commission et du FMI. Pour permettre à certains États de pouvoir se financer plus facilement, les autres États membres ont accepté des prêts bilatéraux. En contrepartie, les États emprunteurs doivent appliquer des programmes précis de réformes et de mesures afin d'assainir leurs finances publiques. Le troïka est chargée de veiller à la bonne application⁸⁹⁵, notamment par de fréquentes missions dans les pays concernées. D'ailleurs, depuis lors, les trois institutions font des communiqués de presse commun pour rendre publics les résultats de leurs évaluations. Cette troïka a été officialisée au sein du FESF et du MES dans lequel la BCE joue un rôle important⁸⁹⁶. Le Président de la BCE a enfin été intégré au groupe de travail, mis en place par le Conseil européen de 25 et 26 mars de 2010, présidé par H. van Rompuy sur la gouvernance économique de la zone euro⁸⁹⁷. Ce dernier a rendu son rapport le 21 octobre 2010⁸⁹⁸, il précise d'ailleurs que « *Le président de la BCE ne souscrit pas à tous les éléments du présent rapport* »⁸⁹⁹.

La BCE n'a pas uniquement pris une place formelle dans les forums et mécanismes mis en place pendant la crise, elle a joué un rôle déterminant en intervenant sur les marchés financiers. Durant les années 2010 et surtout l'année 2011, les Conseils européens et les sommets de la zone euro, se sont succédés et n'ont pas toujours réussi à rassurer les marchés. Les rares annonces qui ont eu cet impact ont été celles de la BCE⁹⁰⁰. La première, et la plus importante, a été celle du 10 mai 2010 d'acheter de la dette publique des États de la zone euro sur le marché secondaire. Le président français avait appelé à une telle décision lors du sommet crucial du week-end précédent, alors que la Chancelière allemande s'y opposait. La BCE a pourtant décidé, le lundi, de mettre un place un programme pour les marchés de titres⁹⁰¹. L'annonce a permis une « *détente spectaculaire des taux sur les emprunts d'États européens "périphériques"* »⁹⁰². Ce programme n'a pas fait l'unanimité au sein de l'Eurosystème, provoquant des réactions assez vives de la Bundesbank. Dans les mois qui ont suivi, la difficulté des États membres à trouver une solution à la crise a reporté tous les espoirs

⁸⁹⁵ Elle apparaît pour la première fois en février 2010 dans la Déclaration des Chefs d'État ou de Gouvernement de l'Union européenne qui précise que : « *La Commission surveillera étroitement la mise en œuvre de ces recommandations en liaison avec la BCE et proposera les mesures additionnelles nécessaires en s'appuyant sur l'expertise technique du FMI. Une première évaluation sera faite en mars* ».

Le Conseil européen, et les chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro, ont sans cesse renouvelé ce mandat (voir par exemple la déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de la zone Euro du 11 juillet 2011).

⁸⁹⁶ Sur le rôle de la BCE au sein de ces mécanismes, voir *supra* Chapitre 1 du Titre précédent et BCE, *Rapport annuel 2011*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2012, 264p., p. 150.

⁸⁹⁷ Voir les Conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 25 et 26 mars 2010, §7.

⁸⁹⁸ *Rapport final du groupe de travail au Conseil européen*, Bruxelles, 21 octobre 2010.

⁸⁹⁹ *Idem*, p. 14.

⁹⁰⁰ « *La Banque centrale européenne possède un pouvoir immense sur les marchés (...). A chaque épisode critique de la crise, les investisseurs se tournent donc vers l'institut d'émission* », COULET I., « La BCE pousse les États à prendre leurs responsabilités », *Les Échos*, 21 juillet 2011.

⁹⁰¹ Annoncé par un communiqué de presse du 10 mai 2010 (« ECB decides on measures to address severe tensions in financial markets »), le programme a été officialisé par une décision de la BCE, décision de la BCE du 14 mai 2010 instaurant un programme pour les marchés de titres (2010/281/UE) (BCE/2010/5), précité.

⁹⁰² COULET I., « L'action de la BCE sécurise les prochaines levées de dettes », *Les Échos*, 12 mai 2010.

du marché sur la BCE. Officiellement, le rôle de ce programme était de permettre une meilleure transmission de la politique monétaire. Cependant, son effet – voire son but – a bien été de rassurer les marchés et de permettre aux États périphériques de se financer à moindre coût. Début décembre 2010, lorsque la crise eut touché l'Irlande, la BCE a dû intervenir massivement sur le marché des dettes souveraines afin de calmer la tempête que les États n'arrivaient pas à endiguer⁹⁰³. Les interventions récurrentes de la BCE sur ce marché ont permis une baisse des taux d'intérêts auxquels les États empruntaient⁹⁰⁴.

La BCE n'a ensuite pas hésité à mettre à profit sa position, acquise lors des premiers temps de la crise, afin d'imposer parfois ses conditions. Certains sont alors allés jusqu'à parler de « chantage » de la BCE. Lorsqu'au printemps 2011, une solution à la crise grecque n'était pas trouvée, les chefs d'État ou de gouvernement s'orientaient vers une restructuration de sa dette. La BCE s'y est opposée en menaçant de ne plus acheter de titres grecs et surtout de ne plus les prendre en garantie⁹⁰⁵. La BCE n'a pas eu gain de cause sur ce point et le 21 juillet les investisseurs privés ont dû accepter une décote de leurs titres grecs⁹⁰⁶. Ses prévisions se sont réalisées et à la suite de cet accord, les dettes grecques et italiennes ont été attaquées. La BCE est évidemment intervenue pour les soutenir. Cependant, son assistance à l'Italie n'aurait pas été sans conditions. La presse s'est fait l'écho d'une lettre secrète de J-C Trichet et M. Draghi au Président du Conseil italien S. Berlusconi où les banquiers centraux dicteraient les réformes indispensables à l'Italie et au soutien de la BCE⁹⁰⁷. Il n'est pas question ici de tirer de conclusion d'une lettre secrète. En revanche, certains analystes du comportement de la BCE vont dans ce sens. Ainsi, pour l'économiste J. Funk Kirkegaard, la BCE a utilisé son contrôle sur les taux d'intérêts auxquels empruntent les États – par le biais du programme pour les marchés de titres – pour faire céder les dirigeants européens qui se refuseraient aux

⁹⁰³ « Peu convaincus par le plan de sauvetage irlandais et les mesures européennes de gestion des crises sur le long terme, les marchés financiers s'accrochent à un dernier espoir cette semaine : la Banque centrale européenne », COULET I., « Le marché reporte ses espoirs sur la BCE », *Les Échos*, 2 décembre 2010. La semaine qui a suivi, la BCE a dans la première semaine de décembre réalisé son « intervention la plus massive depuis début juillet » (COULET I., « La BCE a augmenté ses achats de titres d'État », *Les Échos*, 7 décembre 2010).

⁹⁰⁴ Voir par exemple l'effet de ses interventions sur les marchés des dettes italiennes et espagnoles, voir LACOURT J.-P., « La BCE ramène un calme précaire sur les marchés obligataires en zone euro », *Les Échos*, 9 août 2011.

⁹⁰⁵ « Jeudi, la Banque centrale européenne a rompu avec son langage policé d'usage pour passer à la menace. Alors que la possibilité d'une restructuration de la dette grecque est au centre de toutes les discussions européennes qui se tiennent en coulisse, l'institution monétaire redit son opposition à ce sujet. Mais cette fois, les membres de la BCE ne se sont pas contentés d'agiter le spectre d'une catastrophe bancaire en série, ils ont engagé le bras de fer. Jürgen Stark, le chef économiste de la BCE a indiqué que si une restructuration de la dette grecque intervenait, malgré l'opposition de la banque centrale européenne, celle-ci cesserait dans l'instant d'acheter de la dette grecque et d'en soutenir le marché. Mais surtout, la BCE refuserait de prendre les obligations grecques en garantie dans les opérations de refinancement bancaire », ORANGE M., « Grèce : le chantage de la BCE », *mediapart.fr*, 20 mai 2011. Le blocage s'est poursuivi sur ce thème aussi en juillet, voir COULET I., « La BCE pousse les États à prendre leur responsabilité », *Les Échos*, 21 juillet 2011.

⁹⁰⁶ Voir la Déclaration des chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro et des institutions de l'Union du 21 juillet 2011. Ils précisent, cependant, que « Pour ce qui est de notre approche générale à l'égard de la participation du secteur privé dans la zone euro, nous tenons à préciser que la Grèce appelle une solution exceptionnelle et bien spécifique » (§6).

⁹⁰⁷ Voir BOURDILLON Y., « La BCE exige des réformes précises de l'Italie en contrepartie de son aide », *Les Échos*, 9 août 2011.

réformes qu'elle juge nécessaires⁹⁰⁸. La BCE ne s'est évidemment jamais prononcée en ces termes, elle a cependant toujours appelé aux réformes structurelles⁹⁰⁹. D'autres ont dénoncé la pression exercée par les marchés, avec l'aval des gouvernements européens, sur les gouvernements grecs et italiens qui ont, au final, été « renversés »⁹¹⁰. Sans se prononcer sur ces débats, deux choses sont certaines. La BCE a une expertise reconnue qui lui donne un certain pouvoir et l'un de ses membres reconnaît qu'elle « *a poussé les gouvernements à assumer leurs responsabilités* »⁹¹¹. Ensuite, L. Bini Smaghi reconnaît que la BCE est mieux à même que les gouvernements pour prendre les difficiles décisions qu'impose la crise, posant ainsi le dilemme de l'efficacité économique et de la démocratie⁹¹².

⁹⁰⁸ « *As witnessed recently in Italian bond markets, the ECB used the SMP to keep Italian interest high enough to force politicians to move in the desired direction with impressive speed. The central bank's strategy is aimed at getting recalcitrant Eurozone policymakers to do things they otherwise would not do.* », KIRKEGAARD J.K., « The ECB as a fully political player », *voxeu.org*.

⁹⁰⁹ On peut cependant remarquer que dans un de ses discours J.-C. Trichet fait un lien implicite mais assez évident entre les rachat de titres par la BCE et les promesses de réformes des gouvernements : « *the bond purchases made on the secondary market cannot be used to circumvent the fundamental principle of budgetary discipline. We have taken note of the commitments of euro area governments to take all the measures needed to meet their fiscal targets. We have also taken note of the precise additional commitments undertaken by some euro area governments to speed up fiscal consolidation and to ensure the sustainability of their public finances* » (TRICHET J.-C., « Lessons drawn from the crisis », 18 juin 2010).

⁹¹⁰ Voir BONNET B., « Europe, l'effacement de la démocratie », *mediapart.fr*, 14 novembre 2011. Pour l'auteur les chefs de gouvernements grecs et italiens « *maillons faibles de la chaîne, ont été renversés par les marchés et des partenaires européens sous pression* », dont la BCE.

⁹¹¹ La citation dans sa totalité est particulièrement éclairante : « *La BCE a aussi joué un rôle important dans la surveillance des politiques économiques et des divergences entre les économies de la zone euro. Elle a acquis une crédibilité auprès des chefs d'État ou de gouvernement en évaluant objectivement les nécessités d'ajustement des pays sous pression et le danger de laisser les turbulences financières se développer sans une réponse ferme. La BCE, étant peut être la seule en Europe à avoir une vision globale des problèmes financiers, a poussé les gouvernements à assumer leurs responsabilités, en particulier pour créer un filet de sauvetage qui protège les pays en difficulté des risques de spéculation sur la gestion de leur dette.* », BINI SMAGHI L., Entretien avec *Les Échos*, 30 juin 2011.

⁹¹² BINI SMAGHI L., « European democracies and decision-making in times of crisis », 8 juillet 2011.

Conclusion du chapitre 1

Le déroulement des crises successives au sein de l'Union et la difficulté des chefs d'État ou de gouvernement à trouver rapidement une solution comparée aux réactions efficaces de la BCE vient justifier l'indépendance qui lui est garantie. En temps de crise, les institutions sont soumises à une pression extrême et la qualité de leur construction se voit testée. Celles du pilier économique, notamment le Conseil européen, ou le tout nouveau sommet de la zone euro, ont passablement passé le test. Composées de politiciens, ces instances reflètent l'ambiguïté de leur position qui ne leur permet pas la meilleure efficacité économique, posant alors clairement le dilemme de la démocratie et de l'optimalité économique. L. Bini Smaghi l'a très bien montré dans ses récentes contributions. Son constat est clair, et conforté par le déroulement de la crise : « *les décisions difficiles sont toujours prises au bord du précipice* »⁹¹³. Cela a pour lui cinq conséquences majeures. En premier, l'attente va accroître l'incertitude des marchés financiers. Elle nécessite l'adoption de solutions intérimaires dont la succession, ne permettant pas de régler le problème à la racine, laisse l'opinion publique qui ne réalise pas à quel point le précipice est proche⁹¹⁴. Enfin, une fois les mesures prises, elles devront être radicales et ainsi encore plus dur à accepter pour l'opinion publique. Il conclut : « *les démocraties prennent leur temps car une mauvaise décision, ou même une décision prudente que le public ne comprend pas totalement, induira le mécontentement des électeurs le jour de l'élection* »⁹¹⁵. L'une de ses recommandations est alors, dans le cadre de la crise, d'accroître l'indépendance de la Commission ainsi que ses pouvoirs. Le dogme a fait son chemin et il revient, certainement plus puissant⁹¹⁶.

C'est normal. La monnaie a eu un temps d'avance et ses marchés ont été intégrés, au niveau mondial, plus rapidement que les autres. Aujourd'hui, les marchés financiers dans leur ensemble sont mondialisés. Or, « *L'un des problèmes que la crise a révélé c'est que les autorités politiques et les marchés ont du mal à se comprendre* »⁹¹⁷. Ainsi, le problème de l'inadéquation entre démocratie et efficacité économique n'est plus limité à la monnaie, avec la mondialisation des marchés financiers, le problème s'est généralisé. Les termes du débat ont pourtant changé, comme le reconnaît toujours L. Bini Smaghi, la crise aussi a démontré l'inefficacité des marchés financiers⁹¹⁸. Peut-on alors, comme avant, baser les constructions institutionnelles sur leurs exigences ? L'auteur s'y oppose, pour lui, « *Donner au marché le pouvoir exclusif de décider du sort de millions de gens me semble irresponsable* »⁹¹⁹. La crise a aussi confirmé le court-termisme des élus et leur incapacité à prendre les décisions

⁹¹³ « *tough decisions are often taken only on the brink of the abyss* », *ibidem*.

⁹¹⁴ *Ibidem*.

⁹¹⁵ « *Democracies take their time because a wrong decision, or even a prudent decision that the public does not fully understand, will incur voter displeasure on election day.* », *ibidem*.

⁹¹⁶ Ainsi, L. Bini Smaghi, lorsqu'il tire les leçons de la crise, insiste sur le besoin d'indépendance des régulateurs (BINI SMAGHI L., « *A failure of capitalism?* », 16 octobre 2009).

⁹¹⁷ BINI SMAGHI L., « *Whither Europe after the crisis?* », 11 mars 2011

⁹¹⁸ « *The crisis has forged a broad consensus: financial markets are not always efficient* », BINI SMAGHI L., « *Lessons of the crisis: Ethics, Markets, Democracy* », 13 mai 2010.

⁹¹⁹ BINI SMAGHI L., « *Whither Europe after the crisis?* », précité.

nécessaires pour le long terme. La lenteur du processus de décision est, à la fois, incompatible avec la logique des marchés financiers et nocive pour les citoyens car elle oblige à prendre des mesures plus lourdes de conséquences⁹²⁰. La récente citation attribuée au président de l'Eurogroupe, Jean-Claude Juncker en témoigne : « *We all know what to do, but we don't know how to get re-elected once we have done it* »⁹²¹.

A la fois les faits confirment les bases économiques théoriques de l'indépendance des banques centrales mais aussi l'inadéquation du but poursuivi par le dogme : l'efficacité du marché. Un meilleur équilibre est nécessaire. L'Europe n'a pas su le trouver. Les bases étaient pourtant bonnes : l'indépendance de la Banque centrale était assurée par le traité couvrant l'ensemble des fondements d'une telle réalisation. Elle n'était pas isolée. La Cour de justice n'a eu de cesse de l'intégrer, parfois de force, dans le cadre institutionnel dont elle tentait de s'échapper. Le traité prévoyait sa coopération avec les autres institutions de l'Union au sein de structure fixes et parfois variables. La crise a révélé la fragilité de l'édifice. La Banque centrale a-t-elle des torts ? Sa flexibilité et sa rapidité ont été louées. Cependant, elle conserve son pouvoir discrétionnaire. La stabilité des prix ne joue pas le rôle d'un standard, la notion ne permet aucune intermédiation entre droit et économie. Telle qu'interprétée par la BCE, elle ne rend le dialogue qu'unilatéral et pose souvent la Banque en donneuse de leçons, voire en « maître chanteur ». L. Bini Smaghi rappelle que les États ont eu le tort de ne pas voir que l'Union monétaire est déjà une union politique⁹²². Mais la BCE ne semble pas en avoir pleinement conscience. Une union politique induit des institutions politiques. La BCE ne veut pas jouer un tel rôle, elle est et se dit technocratique⁹²³. Par ses fondements même, le dogme de son indépendance l'a exclu du champ démocratique. Il est important de l'y réintégrer.

⁹²⁰ BINI SMAGHI L., « Western Democracy and its Discontents: Economic and Political Challenges », 14 octobre 2010 : « *These examples show that in developed countries the economic policy measures necessary to maintain the confidence of the markets tend to be taken only when markets are on the brink or in the middle of a crisis. Only under pressure from the markets do governments seem to find the strength and the consensus to adopt the necessary measures to ensure financial stability. This increases the scale of the adjustment required and consequently the negative repercussions for the economy. The doubts about the ability of governments to take the necessary measures in turn increases the distrust of financial markets and tends to intensify the crisis.* »

⁹²¹ Cité par L. Bini Smaghi, *ibidem*.

⁹²² « *The fact is, the people of the different Member States have not fully understood that we already have a political union. Furthermore, the institutional framework does not provide a decision-making process that is fully compatible with such a political union. (...) A starting point is the limited awareness of the euro's political dimension. That dimension results from the interconnectedness of the financial markets and the transmission of real, monetary and financial impulses within the area.* », BINI SMAGHI L., « European democracies and decision-making in times of crisis ».

⁹²³ Pour T. Padoa-Schioppa, les banquiers centraux sont des technocrates (« *Technocrats, i.e. central bankers* », voir, PADOA-SCHIOPPA T., « Eurosystem: new challenges for old missions », précité).

Chapitre 2 : La responsabilité de la Banque centrale européenne

Le besoin de légitimité est la conséquence induite de l'indépendance. En protégeant la Banque centrale des interventions des organes exécutifs et législatifs – nationaux comme communautaires – le traité l'exclut d'une chaîne de « *légitimation* » qui « *remonte jusqu'au peuple lui-même ou en découle* »⁹²⁴. Il s'agit pourtant, pour la Cour, d'un principe fondamental. Ainsi, selon l'arrêt Roquette, il existe « *un principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative* »⁹²⁵. Un tel principe contredit le fondement même de l'indépendance des Banques centrales où ce sont justement les élections qui faussent la donne monétaire du fait de l'inclinaison des élus à profiter du pouvoir à des fins électoralistes. Ainsi, la politique monétaire deviendrait une matière technique, hors du champ politique. Il faut, avec C. Goodhart, réaliser que c'est bien l'inverse qui se produit : « *Ce que produit une telle mesure c'est de placer directement la Banque centrale dans l'arène politique* »⁹²⁶.

Or, l'indépendance exclut l'influence du politique sur la BCE. Il faut alors chercher des mécanismes permettant la responsabilité de la Banque centrale dite aussi *accountability*. La responsabilité s'entend classiquement de la responsabilité d'institutions élues devant le peuple⁹²⁷. Les récentes théories en faveur de l'indépendance d'institutions, effectuant une régulation neutre de domaines complexes, exclut ce type de responsabilité. Les auteurs ont alors forgé le concept d'*accountability*. La traduction en est délicate, certains auteurs ont choisi de ne pas le traduire⁹²⁸. Le choix opéré ici est d'englober l'*accountability* au sein de l'idée de responsabilité qui s'enrichit alors d'un nouveau sens. Il est possible alors de distinguer la responsabilité politique – des élus devant leurs électeurs – et la responsabilité administrative d'une autorité indépendante devant ceux qui lui ont délégué son pouvoir⁹²⁹.

⁹²⁴ BÖCKENFÖRDE E.-W., *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, Paris, 2000, 318 p., ici p. 279.

⁹²⁵ CJCE, 9 octobre 1980, SA Roquette Frères contre Conseil, Aff. 138/79, Rec. 1980 p. 3333, §33.

⁹²⁶ « *There is, in some quarters, a view that enacting Central Bank independence would be to take monetary policy issues out of the political arena. What such enactment does is to the Central Bank squarely into the political arena* », GOODHEART C.A.E., « Central Bank Independence », précité, p. 66.

⁹²⁷ « *A strict application of the majoritarian principle of direct accountability to the voters or to their elected representative would lead to the conclusion that political independence and democratic accountability are mutually exclusive* », MAJONE G., « Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions », précité.

⁹²⁸ Voir MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne, Dialogue monétaire et "accountability délibérative" », *CDE*, 2003 n° 5-6, pp. 549-595.

⁹²⁹ « *In the modern state, accountability can however have two major meanings, which overlap. First, there is the standard meaning that those who exercise power (...) are in a sens stewards and must be able to show that they have exercised powers and discharged their duties properly (ultimately to the voters at election time). This is often referred to as political accountability. Second, there is a somewhat more technical use of accountability referring to those arrangement mode for securing conformity between the values of a delegating body and those whom powers are delegated (delegatee). This tends to be referred to as administrative accountability* », CURTIN D., « Delegation to EU Non-majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability », GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for*

Envisagées radicalement, indépendance et responsabilité sont antinomiques⁹³⁰. Cependant, l'une ne peut s'envisager sans l'autre, la responsabilité étant le « *contrepoids* » de l'indépendance des Banques centrales⁹³¹. Or, l'indépendance étant posée comme un prérequis inamovible, il faut ainsi construire la notion de responsabilité autour de la notion d'indépendance⁹³². Ainsi, le Professeur Lastra évoque l'idée d'une « *indépendance responsable* »⁹³³ formule reprise aussi par le Professeur Magnette⁹³⁴. Cependant, ils ne donnent pas de réelle définition du concept ainsi forgé. F. Martucci évoque une « *accountability délibérative* »⁹³⁵. Malgré cette richesse conceptuelle, le but est le même : celui de la recherche des voies possibles de la responsabilité de la BCE permettant *in fine* de garantir sa légitimité. La légitimité est la notion centrale, il s'agit de permettre aux décisions de la BCE d'être acceptées par les citoyens par le biais de leur croyance, ou de leur conviction, dans le bien fondé de la décision prise.

Le sujet est ontologiquement complexe. Il se fonde sur une relation dialectique constante entre la doctrine et la pratique. La doctrine explore les voies possibles de la responsabilité de la BCE. Elle vient alors inspirer les relations qui s'engagent entre l'institution monétaire et les autres institutions, notamment le Parlement, qui à leur tour influencent la doctrine. Afin d'explorer la pratique, comme la doctrine, il convient de les séparer. L'étude de la pratique de la responsabilité de la BCE devra être vue en premier lieu (Section 1) avant d'étudier sa capacité à permettre sa légitimité (Section 2). Cependant, pratique et doctrine étant intimement mêlées – notamment car la BCE a un discours propre sur sa légitimité – il n'est pas possible de faire une séparation nette. Certains éléments de doctrine seront alors utilisés pour éclairer la pratique et vice-versa.

2

European Governance, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, 280 p., pp. 88-119, ici p. 88.

⁹³⁰ « *there is a fundamental trade-off between central bank independence and accountability, in that pure independence rule out accountability and substantial accountability rules out independence* », », LEINO P., « The European Central Bank and Legitimacy – Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy », *Havard Jean Monnet Working Paper*, 1/01.

⁹³¹ Voir, AMTENBRINK F. & van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », précité, p. 564.

⁹³² Ce qui est encore plus vrai dans le cadre de la BCE où l'indépendance est posée par le traité lui-même : « *Plutôt que de conclure au déficit démocratique de cette dernière, il convient d'admettre que les dispositions du traité et des statuts constituent le cadre de référence dans lequel la légitimité démocratique doit être envisagée* », MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne, Dialogue monétaire et "accountability délibérative" », précité, p. 553.

⁹³³ « *However, a possible democracy deficit can be prevented by providing adequate sources of accountability. Central bank independence can never be absolute. In a democratic state it needs to be an "accountable independence"* », LASTRA R.M., « The institutional dimension of Central Bank independence », *Arino y Avilar Working Papers*, 1995, n°6, 46 p., p. 15.

⁹³⁴ MAGNETTE P., « Towards 'Accountable Independence'? Parliamentary Controls of the European Central Bank and the Rise of a New Democratic Model », *ELJ*, 2000, Vol. 6 n° 4, pp. 326-340. Pour une extension de ce modèle aux autres organes indépendants au sein de l'Union voir MAGNETTE P., « The politics of Regulation in the European Union » in GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, pp. 3-22.

⁹³⁵ MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne, Dialogue monétaire et "accountability délibérative" », précité.

Section 1 - Les mécanismes limités de responsabilité de la BCE

La responsabilité est censée permettre, favoriser voire constituer, le contrôle d'un organe indépendant par d'autres organes. Pour être efficaces, les formes de contrôle doivent être polymorphes et s'appliquer à différents niveaux. G. Majone en distingue plusieurs. Avant tout, le contrôle efficace doit se faire face à des normes prédéfinies, à savoir un objectif clair et des procédures strictes. Ensuite, il se fait par la voie juridictionnelle, le contrôle par les pairs, la transparence et la participation du public⁹³⁶. Pour R.-M. Lastra, la responsabilité des Banques centrales doit nécessairement se faire devant les trois branches du gouvernement, qui ont chacune une légitimité différente⁹³⁷. D'ailleurs, pour P. Leino, la responsabilité de la BCE se fait par son insertion au sein d'un système complexe de relations interinstitutionnelles⁹³⁸. Cependant, toutes ces relations n'ont pas comme but direct le contrôle.

Ainsi, les relations avec la Commission et le Conseil, décrites à la section précédente, même si elles participent de la responsabilité démocratique de la BCE, ont comme but premier la coordination des politiques économiques et monétaires. De même, les relations avec le Parlement contribuent au *policy-mix* européen mais jouent avant tout un rôle de légitimation démocratique de la BCE. Ces dernières ont été très largement étoffées depuis plus de dix ans. Elles constituent aujourd'hui un pilier de la responsabilité de la BCE. Elle est cependant englobée dans une démarche d'ouverture de la BCE participant de sa responsabilité par le biais de la connaissance offerte au public qui peut ainsi juger de l'activité d'un organe indépendant à l'aune de l'objectif qui lui est fixé (§2). Le contrôle de légalité participe inévitablement du contrôle d'une banque centrale indépendante. Son indépendance ne l'exclut pas de l'État de droit. La BCE est alors responsable de son activité devant la Cour de justice. Cependant, en raison du pouvoir discrétionnaire qui est le sien, la marge de manœuvre de la Cour de justice ne peut être que restreinte (§1).

§.1 - La responsabilité juridique et le contrôle restreint de la BCE

La responsabilité juridique ne s'arrête pas au contrôle du juge. En amont, l'institution doit favoriser et permettre au juge d'exercer son office. C'est ainsi que le traité impose la

⁹³⁶ « *Applying this broader notion of control to our case, we conclude that politically independent expert agencies can be monitored and kept politically accountable only by a combination of control instruments: clear and narrowly defined objectives; strict procedural requirements; judicial review; professionalism and peer review; transparency; public participation.* », MAJONE G., « Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions », précité.

⁹³⁷ « *An independent central bank needs to be accountable to another authority. This authority may be executive, legislative or judicial. Accountability should be "diversified", i.e., dispersed through the three branches of the State, through institutions with differing obligations to the electorate in order to provide the democratic legitimacy that an independent central bank would otherwise lack* », LASTRA R.M., « The institutional dimension of Central Bank independence », précité.

⁹³⁸ « *the accountability of the ECB stems less from the (limited) extent to which it is directly answerable to the Community's political institutions or national governments than from the fact that the Bank is locked into a relatively complex institutional structure and set of inter-institutional relations.* », LEINO P., « The European Central Bank and Legitimacy – Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy », précité.

publication et la motivation des actes normatifs adoptés par les institutions et organes de l'Union. Cependant, la BCE dispose, ou s'octroie, un régime spécifique limitant la portée de ces obligations (A). En matière de contrôle juridictionnel, le contrôle de la Cour de justice est aussi restreint. La position spécifique de la BCE, la matière en cause, le fonctionnement du système et les rigidités inhérentes au système contentieux de l'Union ne favorisent pas la tâche du juge (B). Un exemple concret permettra de s'en convaincre (C).

A. *La prise en compte aléatoire par la BCE des obligations de publication et de motivation*

L'Union européenne donne une grande place aux exigences formelles auxquelles ses actes doivent se plier. Il ne s'agit pas là de coquetteries de sa part. Au contraire, la forme prend un rôle prééminent car elle favorise la légitimité de son action normative. Tournées autour de deux exigences : publication et motivation, ces obligations permettent de faire connaître et de justifier les décisions de l'Union. La publication rentre dans une exigence plus globale de transparence – et de communication – à laquelle l'Union s'astreint dans l'objectif de se rapprocher des citoyens. La BCE, après une période d'incertitude, poursuit aujourd'hui une politique similaire via une publication accrue, mais encore lacunaire, de ses actes (1). Dans la rédaction, la BCE s'astreint à la motivation de ses actes. Dotée d'une compétence d'attribution, l'Union a toujours motivé ses actes afin de justifier son action et notamment depuis 1992 à l'aune de la subsidiarité. La motivation poursuit aussi un but plus précis permettant à la Cour de justice de contrôler la légalité des actes (2).

1) La publication limitée des actes de la BCE

La publication par la BCE de ses actes s'inscrit dans la tradition de publication de la majorité des actes normatifs de l'Union, quelque soit leur type. Ici, la pratique de la BCE ne fait plus exception. L'article 297 TFUE élargit la liste des actes soumis à publication. L'ancienne version de l'article 254 TCE imposait uniquement la publication des règlements et directives adoptés selon la procédure de codécision ainsi que des règlements et directives adressés à l'ensemble des États membres. Cette formalité est une condition de leur entrée en vigueur. Pour les décisions individuelles, elles doivent être notifiées à leur destinataire afin de prendre leurs effets. Ces conditions de publicité sont indispensables.

Pour la Cour de justice, « *un principe fondamental dans l'ordre juridique communautaire exige qu'un acte émanant des pouvoirs publics ne soit pas opposable aux justiciables avant que n'existe pour ceux-ci la possibilité d'en prendre connaissance* »⁹³⁹. Les institutions ont ainsi pris l'habitude de publier beaucoup d'actes sans y être obligées. Une telle pratique poursuit un double but : légitimer l'action de l'Union en rendant publiques le plus possible ses activités⁹⁴⁰ et renforcer la sécurité juridique en informant les tiers des raisonnements

⁹³⁹ CJCE, 25 février 1979, A. Racke c. Hauptzollamt Mainz, aff. 98/79, Rec. 1979 p. 69, §16.

⁹⁴⁰ Voir l'exigence de transparence posée par la Commission dans son livre blanc sur la gouvernance européenne (Commission européenne, COM 2001(428) final, Gouvernance européenne - Un livre blanc JO C 287 du 12.10.2001, pp. 1–29).

empruntés, notamment par la Commission dans le domaine de la concurrence et des aides d'Etat⁹⁴¹.

Les Statuts soumettaient les actes de la BCE à l'article 254⁹⁴². Une telle obligation laisse perplexe au regard de la rédaction de cette disposition. On ne peut assimiler les actes de la BCE ni à ceux pris en codécision, ni encore à ceux adressés à l'ensemble des États membres car ceux de la BCE sont souvent destinés aux BCN. Aujourd'hui, après la réforme de Lisbonne, la cohérence entre le texte des Statuts et du traité est retrouvée. En effet, le second alinéa du paragraphe 2 de l'article 297 du TFUE précise que « *Les règlements, les directives qui sont adressés à tous les États membres, ainsi que les décisions, lorsqu'elles n'indiquent pas de destinataires, sont publiés dans le journal officiel de l'Union européenne* ». Les actes externes de la BCE étant intégrés dans la nomenclature générale de ceux de l'Union, ils seront soumis à cette obligation de publication. La nouvelle rédaction de l'article 297 qui distingue entre les décisions avec et sans destinataire, justifie la distinction faite entre les différents types de décisions de la BCE.

La BCE, comme l'Union, a une pratique assez large de la publication même lorsqu'elle n'est pas obligatoire. Pour ces actes, « *il faut constater qu'ils font assez systématiquement l'objet d'une publication informative, dont les mobiles et les effets sont les mêmes que pour les décisions individuelles, et souvent d'une publication préalable à leur entrée en vigueur* »⁹⁴³. P. Pescatore va plus loin et estime que « *l'exigence de publication au Journal Officiel doit être appliquée à tous les actes de caractère normatif, destinés à imposer des obligations aux particuliers, même s'il ne s'agit pas de règlements au sens technique du terme* »⁹⁴⁴. Cette suggestion a été entendue par la BCE qui publie la majorité de ses décisions et orientations. Dans un premier temps la BCE ne publiait pas ses orientations. Elle a décidé de le faire à partir d'une décision du 10 novembre 2000⁹⁴⁵. Selon les considérants, « *La BCE accorde une grande importance à l'amélioration de la transparence du cadre réglementaire du Système européen de banques centrales (SEBC). Dans ce cadre, les actes et instruments juridiques adoptés par la BCE doivent être mis à la disposition du public afin de garantir son information, bien que le traité instituant la Communauté européenne ou les statuts n'énoncent aucune obligation en ce sens* »⁹⁴⁶. Néanmoins, l'Eurosystème n'a pas défini de ligne claire quant à la publication de ses actes. Les Statuts n'évoquent plus la question et n'imposent que

⁹⁴¹ Voir *supra*.

⁹⁴² L'ancien article 34 des Statuts précisait à son paragraphe 2 alinéa 4 que « *Les articles 253, 254 et 256 du traité sont applicables aux règlements et aux décisions adoptés par la BCE* ».

⁹⁴³ ISAAC G., « L'entrée en vigueur et l'application dans le temps du droit communautaire » in *Mélanges Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1978, pp. 697 - 724 ici p. 702.

⁹⁴⁴ PESCATORE P., *L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2006 réimpression de l'ouvrage publié aux Presses Universitaires de Liège, 1975, p. 158.

⁹⁴⁵ Décision de la Banque centrale européenne du 10 novembre 2000 concernant la publication de certains actes et instruments juridiques de la Banque centrale européenne (2001/150/CE) (BCE/2000/12), JO n° L 55 du 24.2.2001, p. 68.

⁹⁴⁶ Idem, considérant 2.

la publication d'un rapport trimestriel et d'un bilan hebdomadaire consolidé⁹⁴⁷, ainsi que des comptes annuels de la BCE⁹⁴⁸, soulignant ainsi l'importance de ce type d'information par rapport à celle des actes obligatoires.

Le règlement intérieur de la BCE ne pose aucune règle générale sur la nature des actes à publier. Tout au plus, il pose une obligation de traduction dans les langues officielles des orientations publiées⁹⁴⁹. Il serait souhaitable que la BCE établisse une règle imposant la publication de tous les actes qu'elle adopte, sous réserve des obligations découlant du secret professionnel inhérent à sa fonction. Les actes de la BCE sont publiés au Journal officiel, comme le précise l'article 17 du Règlement intérieur de la BCE. Il précise aussi que ces actes sont numérotés. La BCE utilise une numérotation qui lui est propre. Les numéros sont alors précédés de la mention BCE. Pour les règlements et décisions, la numérotation officielle est aussi utilisée. Ils ont alors deux numéros, ce qui peut manquer de lisibilité. La présentation des actes, dans leur forme officielle, reprend celle utilisée par les actes des autres institutions et notamment des actes législatifs. On y retrouve la séparation entre le texte de l'acte et les considérants, qui font état de la motivation de l'acte.

2) Des actes faiblement motivés

En droit de l'Union la motivation des actes a un rôle fondamental. Cette obligation a deux bases juridiques, depuis le traité de Lisbonne. Tout d'abord, le TFUE impose, à son article 296 alinéa 2, de motiver « *les actes juridiques* ». Ensuite, l'article 41 paragraphe 2 c) impose « *l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions* »⁹⁵⁰. Cette obligation s'étend naturellement aux actes de la BCE. Dans l'ancienne version des traités, cette extension était provoquée par l'ancien article 34 des Statuts faisant une référence explicite à l'ancien article 253 TCE (devenu 296 TFUE). La réécriture opérée par le traité de Lisbonne, intégrant ces actes au sein de la nomenclature officielle, permet alors de les soumettre directement à l'article 296. La jurisprudence de la Cour de justice relative à la motivation des actes s'applique naturellement à ceux de la BCE. La motivation pose trois questions liées : l'utilité de la motivation, qui conditionnera la portée qu'elle doit avoir et le statut contentieux de la motivation.

La motivation a une triple fonction qui se dégage de l'arrêt du 4 juillet 1983⁹⁵¹ selon lequel « *en imposant à la Commission l'obligation de motiver ses décisions, l'article 190 ne répond*

⁹⁴⁷ Art. 15 §1 et §2 des Statuts.

⁹⁴⁸ Art. 26 §2 des Statuts.

⁹⁴⁹ Art. 17 §2 du Règlement intérieur de la BCE.

⁹⁵⁰ Cet article rattache la motivation au « *Droit à une bonne administration* » comme le précise le titre de l'article 41 et son premier paragraphe selon lequel : « *Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union* ». Le rapprochement entre motivation et impartialité était déjà fait par L. Azoulai dans sa thèse (voir AZOULAI L., *Les garanties procédurales en droit communautaire – Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, Thèse dactylographiée, Institut Universitaire Européen, Florence, 2000, 636 p. et plus précisément pp. 222 - 239).

⁹⁵¹ CJCE, 4 juillet 1963, République Fédérale d'Allemagne c. Commission, aff. 24/62, Rec. 1963 p. 131.

pas seulement à un souci formel, mais vise à donner aux parties la possibilité de défendre leurs droits, à la Cour d'exercer son contrôle et aux États membres, comme à tout ressortissant intéressé, de connaître les conditions dans lesquelles la Commission a fait application du traité »⁹⁵². La motivation a, à la fois, une fonction formelle de réponse aux exigences du traité et un rôle fonctionnel, à savoir de permettre le contrôle de la légalité⁹⁵³. L. Azoulai rajoute une troisième fonction de contrôle, par elle-même de l'administration, et cite l'Avocat Général Vesterdorf selon lequel « une exigence de motivation détaillée des actes administratifs peut être de nature à obliger l'administration à expliciter les raisons d'une décision »⁹⁵⁴. Il en ressort que l'obligation de motivation déborde de simples exigences formelles « mais il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'une obligation de forme et non pas de fond »⁹⁵⁵ comme le fait remarquer J.-V. Louis.

Ensuite, l'étendue de la motivation varie en fonction du type d'acte en cause. La Cour exigera une motivation plus développée pour les décisions individuelles – notamment de sanction – que pour les actes généraux. Ainsi pour ces derniers, elle peut se limiter à « la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption »⁹⁵⁶. Pour les actes individuels, la motivation se doit d'être plus développée⁹⁵⁷. L'étendue de la motivation varie aussi selon les pouvoirs dont dispose l'autorité⁹⁵⁸. Il est ici délicat de dégager des règles générales car « La Cour tient compte des circonstances spéciales qui entourent l'adoption de l'acte, de sa nature et de sa portée pour moduler ses exigences concernant la motivation »⁹⁵⁹.

Les pouvoirs dont dispose l'auteur de l'acte constituent un facteur crucial. Lorsqu'il aura un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large marge d'appréciation, la motivation devra être plus développée. En effet, dans ce cas, le pouvoir de la Cour de justice est limité. Inversement

⁹⁵² Idem, p. 143.

⁹⁵³ Voir AZOULAI L., *Les garanties procédurales en droit communautaire – Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, précité, pp. 209-210.

⁹⁵⁴ Conclusions Juge Vesterdorf (faisant fonction d'Avocat général) présentées le 10 juillet 1991 sur TPI, 24 octobre 1991, Rhône-Poulenc SA c. Commission, T-1/89 à T-15/89, Rec. 1991 p. II-867, ici p. II-907.

⁹⁵⁵ LOUIS J.-V., « Les actes des institutions », précité, p. 524.

⁹⁵⁶ Pour la Cour, « la mesure de l'obligation de motiver, consacrée par l'article 190 du traité, dépend de la nature de l'acte en cause » pour « un acte destiné à une application générale, dont la motivation peut se borner à indiquer, d'une part la situation d'ensemble qui a conduit à son adoption, d'autre part les motifs généraux qu'il se propose d'atteindre ; que dès lors, on ne saurait exiger qu'elle spécifie les différents faits parfois très nombreux et complexes au vu desquels le règlement a été adopté, ni a fortiori qu'elle en fournisse une appréciation plus ou moins complète », CJCE, 13 mars 1968, Beus GmbH & Co. C. Hauptzollamt München, aff. 5/67, Rec. 1968 p. 125, ici p. 143. Voir aussi CJCE, 20 juin 1973, NV Koninklijke Lassiefabrieken c. Hoofproduktschap voor Akkerbouwprodukten, aff. 80/72, Rec. 1973 p. 635 et notamment le §24 selon lequel : « il est satisfait aux exigences de l'article 190 du traité dès lors que les motifs indiqués expliquent l'essentiel des mesures réglementaires prises par les institutions ».

⁹⁵⁷ Voir, CJCE, 28 mars 1984, Bertoli c. Commission, aff. 38/83, Rec. 1984 p. 1649 et notamment le § 12 et l'affaire CJCE, 7 avril 1987, Sisma c. Commission, aff. 32/86, Rec. 1987 p. 1645 §8.

⁹⁵⁸ De même, pour Juge Vesterdorf dans ses conclusions précités : « Ainsi, par exemple, dans les cas où l'administration dispose d'un large pouvoir d'appréciation, elle doit exposer de manière approfondie dans la motivation les considérations sur lesquelles elle s'est fondée dans l'exercice de ce pouvoir d'appréciation » (p. II-907).

⁹⁵⁹ LOUIS J.-V., « Les actes des institutions », précité, p. 525.

lorsque le pouvoir est lié⁹⁶⁰. Ainsi, lorsque l'auteur dispose d'un pouvoir d'appréciation économique, la motivation devra être plus détaillée⁹⁶¹. Cependant, « *des considérations impérieuses touchant à la sûreté de la Communauté et de ses États membres, ou à la conduite de leurs relations internationales, peuvent s'opposer à ce que soient révélés aux intéressés les motifs précis et complets de la décision initiale ou subséquente* »⁹⁶². La portée de la motivation peut aussi être modifiée par le contexte dans lequel l'acte intervient. Ses conditions d'adoption, factuelles et normatives, peuvent permettre d'alléger la motivation. Ainsi, la motivation d'un règlement « *doit être considérée et appréciée dans le cadre de l'ensemble de la réglementation dont cet acte fait partie intégrante* » et ainsi être « *replacée dans le cadre du système à l'intérieur duquel elle est intervenue* »⁹⁶³. La Cour est allée jusqu'à considérer que « *la motivation d'un acte normatif peut ressortir non seulement de son libellé, mais aussi de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée* »⁹⁶⁴. Ensuite, l'exigence de motivation peut être allégée du fait de l'« *impossibilité* »⁹⁶⁵ matérielle de rédiger une motivation complète⁹⁶⁶. Dans la même ligne, la motivation peut être réduite lorsque la connaissance de la matière en cause par les destinataires de l'acte est développée⁹⁶⁷.

⁹⁶⁰ La Cour de Justice estime que « *dans les cas où les institutions de la Communauté disposent d'un tel pouvoir d'appréciation* » il existe un droit « *de voir motiver la décision de façon suffisante. C'est seulement ainsi que la Cour peut vérifier si les éléments de fait et de droit dont dépend l'exercice du pouvoir d'appréciation ont été réunis* » (CJCE, 21 novembre 1991, Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte, Aff. C-269/90, Rec. 1991 p. I-5469).

Voir BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, pp. 234-240.

⁹⁶¹ CJCE, 15 juillet 1960, Nold et autres c. Commission, aff. jtes. 36,3738 et 39/59, Rec. 1960, p. 857 et ici p. 891 « *cette constatation, par sa nature même, comporte une appréciation de la situation découlant des faits ou circonstances économiques et, de ce fait, échappe partiellement au contrôle juridictionnel; que l'obligation d'une motivation spécifique des décisions d'autorisation s'impose et doit être strictement observée en raison de la limitation du contrôle juridictionnel et du fait que l'autorisation demandée est subordonnée à la constatation, par la Haute Autorité, de l'existence et du concours des conditions énumérées au paragraphe 2 de l'article 65; que cette motivation doit permettre aux intéressés, et éventuellement au juge, de vérifier les éléments sur lesquels la Haute Autorité s'est basée pour reconnaître que les conditions requises pour l'obtention de son autorisation sont réunies afin de pouvoir en examiner le bien-fondé tant en droit qu'en fait.* »

⁹⁶² TPI, 12 décembre 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil de l'Union européenne, aff. T-228/02, Rec. 2006, p. II-04665, § 148.

⁹⁶³ CJCE, 18 mars 1975, Deuka, Deutsche Kraftfutter GmbH, B. J. Stolp c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 78/74, Rec. 1975 p. 421, §6.

⁹⁶⁴ CJCE, 23 février 1978, An Bord Bainne Co-Operative c. Ministre de l'Agriculture, aff. 92/77, Rec. 1978 p. 497, §36. Pour L. Azoulay : « *Cette règle est capitale : elle domine tout le droit de la motivation des actes communautaires.* », AZOULAI L., *Les garanties procédurales en droit communautaire – Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, précité, p. 215.

⁹⁶⁵ Nous reprenons ici une expression L. Azoulay qui parle de « *formes impossibles* », *idem*, p. 216.

⁹⁶⁶ « *Attendu que le degré de précision de la motivation d'une décision de cette nature doit être proportionné aux possibilités matérielles et aux conditions techniques ou de délai dans lesquelles elle doit intervenir ; Qu'une motivation spécifique des différents prix franco frontière telle qu'elle est envisagée par le Finanzgericht comporterait la publication et l'évaluation technique des données fournies par les États membres exportateurs ou recueillies par les services de la Commission, pour plusieurs centaines de prix à fixer ; Qu'eu égard aux délais prévus pour la prise d'une décision, d'une part, et au nombre des prix à fixer, d'autre part, l'exigence d'une telle motivation serait incompatible avec le fonctionnement convenable du mécanisme prévu par le règlement n°19 du Conseil et le règlement n°82 de la Commission : qu'en effet, la préparation et la rédaction d'une telle motivation demanderait des délais tels que la détermination des prix risquerait d'être déjà*

Enfin, la motivation a un statut contentieux spécifique. En théorie, comme le rappelle la Cour dans une affaire récente : « *un défaut ou une insuffisance de motivation relève de la violation des formes substantielles, au sens de l'article 230 CE, et constitue un moyen d'ordre public pouvant, voire devant, être soulevé d'office par le juge communautaire* »⁹⁶⁸. C'est une règle de forme qui peut être sanctionnée par la Cour au titre des « *violations des formes substantielles* » de l'article 263 TFUE. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour est assez laxiste sur ce point et les annulations liées à la motivation sont rares. La Cour a annulé un règlement pour contradiction entre ses motifs dans l'affaire Rewe concernant les « *croisières du beurre* »⁹⁶⁹. L'annulation peut aussi être prononcée dans les cas où la motivation est lacunaire quand, par exemple, « *la décision attaquée se limite à une simple itération des termes de l'article 87, paragraphe 1, CE et ne contient aucun exposé, même succinct, des faits et considérations juridiques pris en compte dans l'appréciation de ces conditions* »⁹⁷⁰. Dans la majorité des cas, elle estime que la motivation lacunaire ne constitue pas un motif suffisant d'annulation d'un acte. Selon L. Azoulai : « *Le seul fait d'être en mesure d'attaquer la décision alléguerait à la suffisance le respect de l'obligation de motivation* »⁹⁷¹. Si le contrôle va plus loin, le juge rentre alors dans la légalité interne de l'acte⁹⁷².

Il faut nuancer une telle conclusion. La Cour a précisé que la motivation devait : « *faire apparaître de façon claire et non équivoque le raisonnement de l'institution, auteur de l'acte, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la*

2

partiellement périmée au moment de sa promulgation », CJCE 1^{er} décembre 1965, Firma G. Schwarze c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 16/65, Rec. 1965 p. 1081, ici pp. 1096-1097.

⁹⁶⁷ C'est le cas lorsque le destinataire est associé à la procédure, CJCE, 11 décembre 1980, SpA Acciaierie e Ferriere Lucchini c. Commission, aff. 1252/79, Rec. 1980 p. 3753 : « *Il découle de ces constatations que la requérante, associée au processus d'élaboration de la décision attaquée, connaissait les modes de calcul de la Commission et que, dans ces conditions, la motivation de la décision elle-même, bien que succincte, doit être jugée suffisante* » (§14). C'est aussi le cas lorsque que « *les principaux actionnaires de la requérante étaient des entreprises spécialistes en la matière avec une expérience considérable (...) leur connaissance du contexte dans laquelle la décision attaquée a été adoptée ne peut pas être comparée à celle d'un citoyen moyen.* » Conclusion de l'Avocat général Jacobs sous CJCE, 16 janvier 1992, Compagnia italiana alcool Sas di Mario Mariano & Co. c. Commission, aff. C-358/90, Rec. 1992 p. I-2457, ici §62. Sur ce thème voir AZOULAY L., *Les garanties procédurales en droit communautaire – Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, précité, pp. 218-219.

⁹⁶⁸ CJ, 2 décembre 2009, Commission c. Irlande et autres, aff. C-89/08P, Rec. 2009 p. I-11245.

⁹⁶⁹ CJCE, 7 juillet 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel, aff. 158/80, Rec. 1981 p. 1805, voir notamment le §26 : « *La motivation du règlement n° 3023/77 ne répond pas à cette obligation. Elle ne fournit en effet aucune explication quant à la raison pour laquelle le Conseil, après avoir constaté que le règlement n° 1544/69 ne trouvait pas à s'appliquer dans les circonstances évoquées ci-dessus et ce contrairement à une pratique qui s'était instaurée, a cru nécessaire d'établir un système de franchise particulier applicable à ce type de situation. (...) Dans ces conditions, la motivation ne fournit aucun support juridique aux dispositions réglementaires contestées dont il n'apparaît pas dès lors nécessaire d'examiner le fond en vue d'établir si elles sont compatibles avec les règles du marché commun.* »

⁹⁷⁰ Tribunal, 17 mai 2011, Buczek Automotive/Commission, aff. T-1/08, non encore publiée, §105.

⁹⁷¹ L'auteur rajoute que « *La régularité de la motivation dépendrait de la possibilité de se défendre devant la Cour. La motivation est clairement destinée à faciliter le contrôle juridictionnel* », AZOULAI L., *Les garanties procédurales en droit communautaire – Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, précité, p. 220.

⁹⁷² « *Le contrôle de la motivation est un contrôle de la légalité externe, mais dès lors que sa pertinence est examinée, celui-ci devient un contrôle de légalité interne portant sur les motifs de l'acte.* », BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, p. 238.

juridiction compétente d'exercer son contrôle »⁹⁷³. Ainsi, la Cour de justice n'hésite pas à annuler des décisions, en matière d'aides d'État⁹⁷⁴.

Au regard de cette jurisprudence, la teneur de l'obligation de motivation pesant sur le BCE apparaît floue. La Cour n'a jamais été amenée à se prononcer sur ce point. La Banque centrale jouit d'un pouvoir discrétionnaire. Le traité et les Statuts délimitent sa zone de compétence et les instruments à sa disposition. La BCE reste libre des choix qu'elle fait en la matière, ce qui plaide pour une motivation développée. Cependant, la majorité des actes normatifs de la BCE s'adresse aux contreparties, dont les connaissances du secteur sont précises et pourraient alléger l'obligation de motivation. D'autant que certains motifs du choix fait, notamment par le conseil des gouverneurs, peuvent tomber sous le sceau du secret.

En pratique, les actes de la BCE sont motivés. Sans pouvoir se livrer à une étude exhaustive, quelques exemples symboliques seront cités. Ainsi, le règlement relatif aux réserves obligatoires⁹⁷⁵ comprend six considérants qui viennent préciser la base juridique sur laquelle il repose mais surtout expliquent le contenu du règlement et certains choix opérés par celui-ci. Il est remarquable que la BCE ait aussi, de son plein gré, décidé de motiver ses orientations alors que rien ne l'y obligeait. La motivation de certaines laisse cependant à désirer. Ainsi, l'orientation relative aux instruments de politique monétaire comprend trois considérants particulièrement laconiques, rappelant la compétence de la BCE mais en aucun cas les choix opérés⁹⁷⁶.

L'orientation relative au système TARGET 2 est plus développée mais toujours assez courte, avec ses six considérants pour expliquer cent dix huit pages de textes⁹⁷⁷. Cependant, la motivation des actes de la BCE est souvent explicitée dans le bulletin mensuel. Le bulletin contient des articles venant expliquer certains changements normatifs opérés par la BCE. Ainsi, lorsque le Conseil des gouverneurs décide de modifier certaines modalités de la politique monétaire, amendant alors certains actes⁹⁷⁸, les motifs ont été explicités par la Banque centrale dans son bulletin mensuel⁹⁷⁹. Une telle pratique est utile car elle permet aux professionnels du secteur de comprendre les choix opérés par la BCE. Cependant, du point de

⁹⁷³ CJCE, 2 avril 1998, Commission c. République française, aff. C-367/95 P, Rec. 1998 p. I-01719, §63.

⁹⁷⁴ « *la Commission est en tout état de cause tenue d'exposer de manière suffisante au plaignant les raisons pour lesquelles les éléments de fait et de droit invoqués dans la plainte n'ont pas suffi à démontrer l'existence d'une aide d'État* », *ibidem*, §64.

⁹⁷⁵ Règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

⁹⁷⁶ Orientation de la BCE du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), précité.

⁹⁷⁷ Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel (TARGET2) (BCE/2007/2), précité.

⁹⁷⁸ Orientation de la BCE du 1^{er} décembre 2003 portant modification de l'orientation BCE/2000/7 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2003/16), JO n° L 69 du 8.3.2004, pp. 1-85 ainsi que le règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), précité.

⁹⁷⁹ Voir BCE, « La modification du cadre opérationnel de la politique monétaire », Bulletin mensuel BCE, Août 2003, pp. 41-55.

vue formel et du point de vue contentieux, la motivation se doit d'être inscrite dans l'acte. C'est ainsi que la Cour de justice peut réellement contrôler les actes adoptés par la BCE.

B. Des actes soumis à la Cour de justice

En harmonie avec le principe de la Communauté de droit dégagé par la Cour dans son arrêt *Les Verts*⁹⁸⁰, les rédacteurs du traité ont soumis les actes de la BCE au contrôle juridictionnel. Une fois n'est pas coutume, les dispositions relatives au contrôle de la Cour de justice ne sont pas redondantes entre le traité et les Statuts. Le traité, dans sa version actuelle, inclut la BCE au sein des institutions dont les actes⁹⁸¹ et abstentions⁹⁸² peuvent faire l'objet d'un recours en annulation et qui peuvent être considérées comme des requérants semi-privilégiés⁹⁸³. Les Statuts viennent développer de manière plus substantielle les différentes voies de droit ouvertes pour ou contre la BCE⁹⁸⁴.

Force est de constater que le contentieux aujourd'hui est limité. La BCE n'a été, pour le moment, partie que dans une vingtaine d'affaires dont la majorité concernent les fonctionnaires ou l'accès à ses documents. Certains imaginaient un contentieux plus développé⁹⁸⁵. En revanche, la doctrine spécialisée a toujours prévu la faiblesse du contentieux relatif à la BCE en raison de la spécificité de la matière régie et de la proximité entre les membres de l'Eurosystème et les contreparties⁹⁸⁶. Tout contentieux n'est pourtant pas à exclure⁹⁸⁷. Ces raisons ne sont pas les seules expliquant l'absence de contentieux de fond au sujet de l'activité normative de la BCE. Ce phénomène est aussi imputable aux spécificités inhérentes au contentieux propre à l'Union dans lequel la recevabilité des recours est limitée

⁹⁸⁰ CJCE, 23 décembre 1986, Parti écologiste « Les Verts » c. Parement européen, précité. La possibilité de faire contrôler la compatibilité d'un acte de l'Union par rapport au traité est consubstantielle à l'idée de Communauté de droit comme l'a bien précisé la Cour au §23 de l'arrêt : « Il y a lieu de souligner d'abord, à cet égard, que la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ».

⁹⁸¹ Art. 263 TFUE.

⁹⁸² Art. 265 TFUE.

⁹⁸³ Ici encore la BCE semble une institution de second rang puisqu'elle n'est en réalité qu'un requérant dit semi-privilégié. Contrairement aux requérants privilégiés, qui peuvent saisir la Cour contre n'importe quel acte mentionnés à l'article 263 alinéa 1 TFUE, la BCE peut intenter des recours uniquement s'ils « tendent à la sauvegarde {de ses} prérogatives » (article 263 alinéa 3 TFUE).

⁹⁸⁴ Art. 35 des Statuts. Son paragraphe 2 précise que les litiges entre la BCE et ses créanciers et débiteurs ne sont pas de la compétence de la Cour de justice, sauf stipulation expresse en ce sens.

⁹⁸⁵ En 1999, le Professeur Craig estimait que, du fait de ses pouvoirs normatifs et de sanction, la BCE pouvait être à la base d'un contentieux important, CRAIG P., « *EMU, European Central Bank, and Judicial review* » précité, p. 101.

⁹⁸⁶ « For a Community body, review of its acts, and omissions, by the Court of Justice is natural. The Community is based on the rule of law. For a system of central banks, however, being subject to elaborately regulated judicial review may not be such a "natural" development. Central banks have traditionally operated in an environment which is less than litigation-prone, and where the exact rules and competences were less important than the standing of the central bank and the weight of its advice », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 106.

⁹⁸⁷ « In spite of the normally harmonious relationship between central bank and the world of banking and finance, which is less than litigation-prone, it cannot be ruled out that individuals will want to seek redress in the courts where they feel themselves to be adversely affected by a legal act of the ECB » ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2d Ed, p. 125.

(1) ainsi que la latitude de la Cour de justice dans les domaines touchant à la politique économique (2).

1) Recevabilité des recours contre les actes de l'Eurosystème ?

La Cour de justice de l'Union européenne peut connaître de la légalité⁹⁸⁸ des actes de la BCE par deux voies : directe ou indirecte. La première permet de contester devant la CJUE les actes et les abstentions d'agir de la BCE par le biais, respectivement, du recours en annulation et du recours en carence. Les conditions de recevabilité de ces recours devant la Cour de justice varient sensiblement selon la personnalité des requérants. Il est classique de distinguer les requérants privilégiés des requérants ordinaires. Les premiers peuvent attaquer tous les actes normatifs de la BCE, tandis que les seconds doivent se limiter aux décisions dont ils sont les destinataires ou qui les concernent directement ou individuellement. La seconde condition est particulièrement difficile à remplir. La voie indirecte est celle du renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Celle-ci est plus accessible aux requérants ordinaires mais ne permet de contester la légalité d'un acte que de manière incidente, rendant les recours rares.

Les conditions de recevabilité tenant aux actes sont à rapprocher des réflexions déjà faites à propos de la normativité des décisions et des orientations de la BCE. La Cour de justice a estimé que « *le recours en annulation doit donc être ouvert à l'égard de toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit* »⁹⁸⁹. Les règlements de la BCE entrent dans cette catégorie. Il faut aussi inclure ses décisions, les décisions individuelles mais aussi les décisions sans destinataire, bien qu'il n'y ait actuellement aucune jurisprudence sur ce type de décisions introduites par le traité de Lisbonne. Enfin, les orientations font partie de cette catégorie, dans la limite où elles produisent des effets de droit, comme c'est le cas de beaucoup d'entre elles⁹⁹⁰. Il faut s'interroger sur la nouvelle rédaction de l'article 263 TFUE selon lequel « *La Cour de justice de l'Union européenne contrôle la légalité (...) des actes du Conseil, de la Commission et de*

⁹⁸⁸ Nous limiterons notre étude au contentieux de la légalité et plus précisément au recours en annulation. Le recours en carence est aussi possible contre la BCE. Mais rarement pratiqué, ce recours ne l'a jamais été contre la BCE. Dans un but d'allègement du propos, nous n'en parlerons pas.

⁹⁸⁹ CJCE, 31 mars 1971, Commission c. Conseil dit AETR, 22/70, précité, §42.

⁹⁹⁰ La pratique de la BCE des orientations confirme l'intuition du P. Craig. Selon lui, à propos des orientations ("guidelines" en anglais) : « *It is extremely doubtful whether non-privileged applicants would be found to have standing to challenge measures of this nature. Such challenges may, however, be forthcoming from privileged applicants. The initial issue would be whether the guideline was a reviewable act for the purpose of Article 230 (ex 173) EC. It is clear from the ERTA {AETR, précité} that the ECJ will treat an act as open to review provided that it has binding force or produces legal effects, and that this is so even if the act in question is sui generis. It is then perfectly possible that guidelines made under Article 12 of the Statute will be open to review, although much will depend upon the content of any particular such measure* » CRAIG P., « *EMU, European Central Bank, and Judicial review* », précité, p. 103. R. Smits arrive à la même conclusion : « *The system of judicial review to which the ESCB is subject permits the Court of Justice to review the guidelines and instructions (...). Whatever their legal form, such acts of the decision-making bodies of the ECB may become subject to the scrutiny of the Court, whenever they purport to have binding effect* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 109. J.-V. Louis reprend à son compte les propos de R. Smits, voir, LOUIS J.-V., « *A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union* », précité, p. 57.

la Banque centrale européenne, autres que les recommandations et avis, et des actes du Parlement européen et du Conseil destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers ». Cette disposition pourrait être interprétée comme un élargissement de la jurisprudence AETR, même s'il est délicat de savoir quels actes sont visés. Une interprétation logique serait l'inclusion dans le recours en annulation des actes produisant des effets juridiques internes⁹⁹¹, notamment les orientations de la BCE. Le caractère large des conditions de recevabilité du recours en annulation quant aux actes en cause est compensé par le caractère restrictif des conditions relatives aux requérants.

Ici s'opposent les requérants privilégiés et semi-privilégiés qui n'ont pas – ou quasiment pas – à démontrer d'intérêt à agir et les particuliers⁹⁹². Dans la première catégorie sont regroupés les États membres et les institutions sans que celles-ci ne doivent démontrer d'intérêt à agir, à l'exception de la Cour des comptes, de la BCE et du Comité des régions qui ne peuvent agir que pour la sauvegarde de leurs prérogatives. Il n'est pas certain que les BCN appartiennent à cette catégorie. Pour la Cour, la notion d'État membre de l'article 263 alinéa 2 TFUE, doit être entendue strictement et ne pas s'étendre à d'autres entités que « *les seules autorités gouvernementales des États membres* »⁹⁹³. Les États fédérés ou les autorités régionales sont alors assimilées à des requérants ordinaires.

Une telle jurisprudence paraît pouvoir s'appliquer aussi aux BCN. Deux raisons poussent à une autre solution pour elles : elles sont indépendantes des autorités des États membres et elles participent au processus de prise de décision, ce qui impliquerait qu'elles puissent contester la légalité d'une décision contre laquelle elles se sont opposées au Conseil des gouverneurs. Cette lecture extensive, nécessitant une jurisprudence spécifique pour l'Eurosystème, pourrait s'appuyer sur l'article 271 d) TFUE. Cet article prévoit une procédure en manquement spécifique, interne à l'Eurosystème. A cette image, la procédure en

⁹⁹¹ L'exclusion par l'article 263 TFUE des recommandations et avis – qui ne « *lient pas* » selon la lettre de l'article 288 TFUE – impose de lire cet article comme entendant « actes » ceux qui produisent des effets de droit.

⁹⁹² L'opposition entre requérants ordinaires et privilégiés est partagée par une grande partie de la doctrine. Elle se retrouve dans le manuels L. Blumann et C. Dubouis (BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., précité, p. 647-649), dans celui de J.-P. Jacqué (JACQUE J.-P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} Ed, précité, p. 635) qui parle cependant de « *particuliers* ») et dans celui de D. Simon (SIMON D., *Le système juridique communautaire*, précité, p. 522). G Isaac et M. Blanquet parlent « *opérateurs constitutionnels* » (ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Éd., précité, p. 557).

⁹⁹³ CJCE, Ordonnance du 21 mars 1997, Région Wallonne c. Commission, aff. C-97/97, Rec. 1997 p. I-01787, §6 qui précise aussi que « *il ressort clairement de l'économie générale des traités que la notion d'État membre, au sens des dispositions institutionnelles et, en particulier, de celles portant sur les recours juridictionnels, ne vise que les seules autorités gouvernementales des États membres des Communautés européennes et ne saurait être étendue aux gouvernements de régions ou de communautés autonomes, quelle que soit l'étendue des compétences qui leur sont reconnues. Admettre le contraire conduirait à porter atteinte à l'équilibre institutionnel prévu par les traités, qui déterminent notamment les conditions dans lesquelles les États membres, c'est-à-dire les États parties aux traités institutifs et aux traités d'adhésion, participent au fonctionnement des institutions communautaires. Les Communautés européennes ne peuvent, en effet, comprendre un nombre d'États membres supérieur à celui des États entre lesquels elles sont instituées.* ». Cette jurisprudence a été confirmée par un arrêt de Grande Chambre : CJCE, 2 mai 2006, Regione Siciliana c. Commission, aff. C-417/04 P, Rec. 2006 p. I-03881, notamment au §21.

annulation pourrait être adaptée pour tenir compte du caractère intégré de la BCE et des BCN au sein d'un système indépendant.

Une telle lecture est indispensable car en son absence, les BCN seraient assimilées aux requérants ordinaires. Or, un tel statut est désavantageux car il ferme sensiblement les voies du recours en annulation. Il n'est pas nécessaire de détailler ici la jurisprudence de la Cour sur cette question mais d'en souligner les traits pouvant se relier à d'éventuels recours contre la BCE⁹⁹⁴. Le traité de Lisbonne est venu un peu les conditions de recevabilité de ces recours, ainsi « *Toute personne physique ou morale peut former (...) un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement ou individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution* »⁹⁹⁵. Plusieurs situations sont à envisager. La plus simple est lorsqu'un requérant ordinaire est le destinataire d'une décision – par exemple une contrepartie sanctionnée par la BCE – sa requête sera recevable.

Lorsqu'ils ne sont pas les destinataires ou que l'acte est général, les particuliers ne peuvent attaquer que ceux qui le concernent directement et individuellement et ceux qui sont réglementaires. La première condition est remplie lorsque l'acte produit ses effets directement sans intermédiaires⁹⁹⁶. La seconde lorsque : « *les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire* »⁹⁹⁷. Cette jurisprudence a été critiquée pour son caractère extrêmement restrictif⁹⁹⁸. Elle appelle deux questions, en premier lieu sur la notion d'acte. La rédaction de l'article 230 TCE parlait de « *décisions* » et non d'« *actes* ». Ainsi, les actes normatifs – au sens de la jurisprudence étudiée au sujet des décisions – n'étaient pas recevables à être attaqués en annulation. La nouvelle rédaction laisse plus de latitude à la Cour de justice, qui ne s'attache plus à la nature de l'acte mais aux conditions liées à la personne du requérant⁹⁹⁹. On en revient à l'exigence d'être concerné individuellement. « *C'est généralement la conjonction de la situation de fait caractéristique dans laquelle se trouve le requérant et de*

⁹⁹⁴ Pour des réflexions récentes sur ce point voir RIDEAU J., « Recours en annulation – Conditions de recevabilité », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 330, § 73-147.

⁹⁹⁵ Art. 263 alinéa 4 TFUE.

⁹⁹⁶ Cette jurisprudence a été bien résumée par la Cour de Justice dans son arrêt CJCE, 5 mai 1998, Société Louis Dreyfus & Cie c. Commission, aff. C-386/P, Rec. 1998 page I-02309, au §43 : « *Il découle de la jurisprudence de la Cour que l'affectation directe requiert que la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en œuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire sans application d'autres règles intermédiaires* ».

⁹⁹⁷ CJCE, 15 juillet 1963, Plaumann & Co. c. Commission, aff. 25/62, Rec. 1963 p. 00199, ici p. 223.

⁹⁹⁸ Voir notamment MEHDI R., « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu... », *RTDE*, 2003, n°1, p. 23.

⁹⁹⁹ « *L'évolution de la jurisprudence a donc progressivement donné naissance à une nouvelle approche de la Cour (et du Tribunal) selon laquelle la juridiction saisie, même si elle considère que l'acte attaqué est normatif, examine si le requérant n'est malgré tout pas concerné directement et individuellement* », RIDEAU J., « Recours en annulation – Conditions de recevabilité », précité, §116.

certaines qualités qui lui sont propres qui peuvent conduire le juge à reconnaître qu'il est directement et individuellement concerné »¹⁰⁰⁰.

La notion de contrepartie, malgré la proximité qu'elle engendre avec la BCE, ne pourrait pas permettre une jurisprudence spécifique à l'Eurosystème sur ce thème. Même s'il en existe une liste et qu'elles sont donc toutes identifiées, rien ne garantit qu'une décision adressée à l'une d'entre elles affecte toutes les autres individuellement. Au contraire, le caractère individuel restera entendu par la Cour au sens classique des spécificités de la situation de fait¹⁰⁰¹ ou par sa participation à la procédure¹⁰⁰². Ainsi, B. Dutzler doute de la recevabilité d'un recours d'un requérant ordinaire contre la modification des taux d'intérêt¹⁰⁰³.

Enfin le traité de Lisbonne introduit la notion d'« acte réglementaire qui ne comporte pas de mesure d'exécution ». Le traité ne définit pas le notion d'acte réglementaire. Le Tribunal s'en est chargé dans un arrêt de septembre 2011. Ainsi « *la notion d'"acte réglementaire" au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE doit être comprise comme visant tout acte de portée générale à l'exception des actes législatifs* »¹⁰⁰⁴. Entrent ainsi dans cette catégorie les règlements, les orientations et certaines décisions de la BCE. En revanche, la notion de mesure d'exécution n'a pas été définie mais il est douteux que beaucoup d'actes de la BCE en soient dénués car ils se contentent souvent de poser les règles de fonctionnement du système qui seront ensuite mises en œuvre, notamment au niveau national.

Ainsi, malgré les particularités des actes de la BCE, ceux-ci ne peuvent entraîner de régime contentieux spécifique en matière d'annulation. D'autant que, la relation avec les contreparties ne fait que peu appel à l'obligation et la sanction et engendre peu de contentieux. De même, les requérants privilégiés attaquent peu les actes de la BCE ; certainement par respect pour son indépendance. On ne recense, à ce jour, que l'arrêt OLAF précité. Le Royaume-Uni a, toutefois, intenté le 15 septembre 2011 une procédure en annulation contre la BCE – la première du genre¹⁰⁰⁵.

La voie directe de la contestation de la légalité des actes de l'Eurosystème est peu empruntée. La voie indirecte ne l'est pas du tout. Elle passe par un renvoi préjudiciel effectué par une juridiction nationale sur le fondement de l'article 267 TFUE. La juridiction peut interroger la Cour de justice sur « *la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union* »¹⁰⁰⁶. Cette voie incidente suppose un litige. Les litiges au niveau national sont aussi

¹⁰⁰⁰ MARIATTE F. & RITLÉNG D., *Contentieux de l'Union européenne – 1, Annulation, exception d'illégalité*, précité, p. 151.

¹⁰⁰¹ Voir pour une affaire topique de ce genre de cas, CJCE, 18 mai 1994, Codorníu SA c. Conseil, aff. C-309/89, Rec. 1994 p. I-01853 (l'affaire concernait un acte général et non une décision) ou toute la jurisprudence relative aux mesures anti-dumping (et notamment CJCE, 29 mars 1979, ISO c. Conseil, aff. 118/77, Rec. 1979 p. 1277).

¹⁰⁰² TPI, 11 juillet 1996, Sinochem Heilongjiang c. Conseil, T-161/94, Rec. 1996 p. II-00695.

¹⁰⁰³ DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor?*, précité, p. 127.

¹⁰⁰⁴ Ordonnance du Tribunal, 6 septembre 2011, Inuit Tapiriit Kanatami et autres c. Parlement et Conseil, T-18/10, non encore publiée, §56.

¹⁰⁰⁵ Affaire T-496/11. L'affaire promet d'être intéressante car le Royaume-Uni attaque un acte *sui generis* de la BCE, publié uniquement sur son site internet.

¹⁰⁰⁶ Art. 267 alinéa 1 b) TFUE.

peu nombreux qu'au niveau de l'Union. Il faudrait alors un litige quasiment monté de toutes pièces entre une BCN et une contrepartie ou entre des contreparties. Or, la Cour de justice rejette ce type de questions préjudicielles¹⁰⁰⁷. Dans les cas où une affaire arriverait devant la Cour de justice, la marge d'appréciation de celle-ci serait, dans la plupart des cas, restreinte.

2) La marge d'appréciation limitée de la Cour de justice

La Cour de justice doit « *assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités* »¹⁰⁰⁸. Or, les choix opérés par une Banque centrale sont rarement dictés par des considérations d'ordre juridique, sauf évidemment les considérations liées aux formes de l'acte. Ainsi, « *Le domaine de la politique monétaire n'est pas un environnement idéal pour la règle de droit* »¹⁰⁰⁹. Au contraire, la BCE dispose d'un pouvoir discrétionnaire face auquel la Cour limite son appréciation¹⁰¹⁰. Dans ce cas, la Cour de justice borne son contrôle au respect des règles formelles et ne s'immisce pas dans les « *mesures de politique économique* » prises par les institutions¹⁰¹¹. Le caractère discrétionnaire du pouvoir de la BCE se confirme à l'aune de cette jurisprudence de la Cour. Dans deux cas connexes, elle laisse aux institutions une ample marge de manœuvre.

Tout d'abord, la complexité des matières en cause empêche une appréciation approfondie. La Cour limite alors son pouvoir lorsque « *l'exercice des pouvoirs de la Commission comporte nécessairement des appréciations complexes en matière économique* » dans ces cas « *le contrôle juridictionnel de ces appréciations doit respecter ce caractère en se limitant à l'examen de la matérialité des faits et des qualifications juridiques que la Commission en déduit* »¹⁰¹².

Ensuite, le contrôle sera limité – pour des raisons évidentes liées à la séparation des pouvoirs¹⁰¹³ – lorsque les institutions opèrent des choix politiques. La Cour estime qu'elle n'a

¹⁰⁰⁷ CJCE, 11 mars 1980, Pasquale Foglia c. Mariella Novello, aff. 104/79, Rec. 1980 p. 00745, §§10-11.

¹⁰⁰⁸ Art. 19 §1 TFUE.

¹⁰⁰⁹ « *The field of monetary policy is not at all an ideal environment for the rule of law* », DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor?*, précité, p. 130.

¹⁰¹⁰ Voir le constat fait par J.-V. Louis : « *Le fait qu'une organisation aussi complète des recours ait été prévue marque la volonté d'insérer la BCE dans l'ordre juridique communautaire et reflète, une fois de plus, l'importance du respect des règles de droit dans le processus d'intégration. Toutefois la Cour devra nécessairement se limiter à un contrôle marginal des actes pris par la BCE dans l'exercice de ses attributions en matière de politique monétaire. Un large pouvoir d'appréciation doit être laissé à la BCE en la matière.* », LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 214.

F. Martucci arrive à la même conclusion : « *Dans la mesure où la politique monétaire relève des pouvoirs dont l'exercice comporte des appréciations complexes en matière économique, le contrôle juridictionnel est minimum* », MARTUCCI F., « *Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosystème – Pouvoirs* », §41.

¹⁰¹¹ ISAAC G. & BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10^{ème} Éd., précité, pp. 552-554 (ici p. 553).

¹⁰¹² CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission, aff. jtes 56 et 58-64, Rec. 1966 p. 00429.

¹⁰¹³ « *Le principe de séparation des pouvoirs, s'il n'est pas justiciable, constitue toutefois un principe de sagesse élémentaire et essentiel de l'ordre juridique communautaire que le juge entend respecter.* », BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, p. 389.

pas à se prononcer lorsqu'une institution « *est amenée à opérer des arbitrages entre des intérêts divergents et à prendre ainsi des options dans le cadre des choix politiques relevant de ses responsabilités propres* »¹⁰¹⁴. Dans le domaine monétaire, l'Eurosystème s'est vu reconnaître une compétence quasi exclusive, notamment dans la définition de la politique monétaire et sa mise en œuvre, exercée indépendamment. Il relève de cette jurisprudence¹⁰¹⁵. Face à un pouvoir discrétionnaire, les modalités du contrôle que la Cour va opérer sont modifiées¹⁰¹⁶. La Cour devra toujours opérer un contrôle de la légalité externe : violation des formes substantielles et incompétence¹⁰¹⁷, y compris l'obligation de motivation, dont l'étendue est plus grande dans ces cas¹⁰¹⁸.

Au niveau de la légalité interne, deux moyens sont ouverts par le traité : le détournement de pouvoir et violation des traités ou de toute règle de droit relative à leur application¹⁰¹⁹. Le contrôle restreint de la Cour ne portera que sur le second. Le premier moyen a son importance pour une institution comme la BCE dont le pouvoir est limité *rationae materiae* mais aussi soumis à un objectif exclusif de « *maintenir la stabilité des prix* »¹⁰²⁰. Le détournement de pouvoir est entendu de manière classique devant le juge de l'Union et recouvre la poursuite par l'auteur d'un intérêt public différent de celui pour lequel le pouvoir lui a été confié ou d'un intérêt privé¹⁰²¹. Dans un éventuel litige, la Cour de justice pourrait être amenée à rechercher si la BCE a poursuivi un autre objectif que celui que le traité lui assigne et ainsi détourné le pouvoir qui lui est confié. L'appréciation du détournement de pouvoir flirte avec la violation du traité et c'est le plus souvent sur ce motif que le juge se prononcera, voire le sanctionnera¹⁰²². Ce dernier moyen est celui dont l'examen pose le plus de problème à la Cour, lorsqu'elle est confrontée à une compétence discrétionnaire. Seule exception, le

¹⁰¹⁴ CJCE, 19 novembre 1998, Royaume-Uni et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne, aff. C-150/94, Rec. 1998 p. I-07235, §87.

¹⁰¹⁵ Barbara Dutzler estime, à propos des décisions de politique monétaire : « *given the uncertainty under which these decisions are usually made, the lack of available data and the need to rely on economic forecasting, or the economic complexity of the decision-making. In addition, the larger the powers of the body are, the less likely is a issue of these, or in other words, the wider the bounds of discretion are, the less often they are exceeded* », DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, précité, p. 130.

¹⁰¹⁶ La Cour a très bien résumé les pouvoirs dont elle dispose dans l'arrêt CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV c. Commission, aff. 42/84, Rec. 1985 p. 2545, §34 : « *Si la Cour exerce de manière générale un entier contrôle sur le point de savoir si les conditions d'application de l'article 85, paragraphe 1, se trouvent ou non réunies, il apparaît que la détermination de la durée admissible d'une clause de non-concurrence, insérée dans un accord de cession d'entreprise, exige, de la part de la Commission, des appréciations économiques complexes. Il appartient, dès lors, à la Cour de limiter le contrôle qu'elle exerce sur une telle appréciation à la vérification du respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir.* » (nous soulignons).

¹⁰¹⁷ Sur ces moyens, voir RIDEAU J., « Recours en annulation - Cas d'ouverture, pouvoirs du juge de l'annulation, contenu, effets et exécution des arrêts d'annulation », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 331, §10 à 59.

¹⁰¹⁸ Voir *supra*.

¹⁰¹⁹ Art. 263 alinéa 2 TFUE.

¹⁰²⁰ Art. 127 §1 TFUE.

¹⁰²¹ Voir, CJCE, 21 juin 1958, Groupement des Hauts fourneaux et aciéries belges c. Haute Autorité, aff. 8/57, Rec. p. 223.

¹⁰²² *Idem*, p. 249-253.

contrôle des faits n'est pas restreint¹⁰²³. Un tel moyen est délicat à soulever contre la BCE car la charge de la preuve pèse uniquement sur le demandeur¹⁰²⁴. La Cour peut décider de limiter son contrôle lorsqu'il est impossible pour l'auteur de l'acte en cause de recueillir toutes les données nécessaires à la décision et qu'il devra se baser sur des « *constatations globales* », le contrôle restreint sera alors étendu à celui des faits¹⁰²⁵. Les décisions de la BCE se basent souvent sur des évaluations de la situation économique présente et future. Il sera délicat dans ce cas pour la Cour d'opérer un contrôle normal de l'exactitude matérielle des faits.

Enfin, pour la légalité interne¹⁰²⁶ « *le juge doit se limiter à examiner si elle n'est pas entachée d'une erreur manifeste ou de détournement de pouvoir ou si cette autorité n'a pas manifestement dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation* »¹⁰²⁷. Elle va limiter, dans ce cas, son raisonnement à une erreur manifeste d'appréciation. Or, « *La notion d'erreur manifeste d'appréciation se laisse difficilement définir* »¹⁰²⁸. Les formulations adoptées par la Cour sont confuses et peuvent laisser penser qu'il y aurait une différence entre l'erreur manifeste et le dépassement manifeste¹⁰²⁹. En tout état de cause, la Cour va sanctionner les décisions qui ne seraient pas plausibles eu égard à la situation factuelle¹⁰³⁰. Elle censure aussi

¹⁰²³ Comme le précisent D. Ritlgeng et M. Mariatte : « *Que l'autorité européenne ait compétence liée pour apprécier les conditions posées à son action normative, qu'elle dispose pour se faire d'une marge de liberté ou, que, en l'absence de condition légale, elle choisisse librement les motifs de son acte, la Cour recherche et censure en, principe, toute erreur de faits* », MARIATTE F. & RITLENG D., *Contentieux de l'Union européenne – I, Annulation, exception d'illégalité*, précité, p. 207.

¹⁰²⁴ *Idem*, p. 208-209. Voir par exemple, CJCE, 17 mai 1991, Nakajima All Precision Co. Ltd contre Conseil, aff. C-69/89, Rec. 1991 p. I-2669, §66.

¹⁰²⁵ Voir, par exemple, CJCE, 12 juillet 1979, Italie c. Commission, aff. 166/78, Rec. 1979 p. 2575 « *le pouvoir discrétionnaire dont le Conseil jouit dans l'appréciation d'une situation économique complexe ne s'applique pas exclusivement à la nature et à la portée des dispositions à prendre, mais aussi, dans une certaine mesure, à la constatation des données de base, notamment dans ce sens qu'il est loisible au Conseil de se baser, le cas échéant, sur des constatations globales.* » (§14).

¹⁰²⁶ Comme le rappelle le Professeur Moliner : « *Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation se rattache au moyen de la violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application, l'erreur manifeste pouvant affecter tant les motifs – sous l'angle de vue de leur pertinence, donc du fond et non des formes substantielles – que le contenu de l'acte* », MOLINER J., « *Le contrôle juridictionnel et ses limites : à propos du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires* » in RIDEAU J. (dir), *De la communauté de droit à l'union de droit : continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 77-98 ici p. 91.

¹⁰²⁷ CJCE, 22 janvier 1976, Balkan-Import Export GmbH c. Hauptzollamt Berlin-Packhof, aff. 55/75, Rec. 1976 p. 00019, attendu 8.

¹⁰²⁸ BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, précité, p. 318.

¹⁰²⁹ La doctrine est divisée sur l'identité de ces expressions. Pour le Professeur Ritleng et M. Mariatte : « *L'expression "dépassement manifeste des limites du pouvoir d'appréciation" n'est, en effet, qu'une redondance de celle d'"erreur manifeste d'appréciation"* », MARIATTE F. & RITLENG D., *Contentieux de l'Union européenne – I, Annulation, exception d'illégalité*, précité, pp. 217-218. Pour Aude Bouveresse, le dépassement manifeste « *doit être compris comme une variante de l'erreur manifeste et non pas comme une catégorie à part entière. Lorsqu'une institution dépasse les limites de son pouvoir d'appréciation, elle commet, vraisemblablement, une erreur manifeste d'appréciation. Toutefois, le dépassement manifeste du pouvoir d'appréciation a un champ d'application plus limité que l'erreur manifeste* », *idem*, p. 325.

¹⁰³⁰ Voir par exemple : TPI, 12 décembre 1996, Association Internationale des Utilisateurs de Fils de Filaments Artificiels et Synthétiques et de Soie naturelle (AIUFFASS) et Apparel, Knitting & Textiles Alliance (AKT) c. Commission, aff. T-380/94, Rec.1996 p. II-2169, §59 : « *Afin d'établir que la Commission a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des faits de nature à justifier l'annulation de la décision attaquée, les éléments de preuve apportés par les requérantes doivent être suffisants pour priver de plausibilité les appréciations des faits retenus dans la décision* »

une « *méconnaissance grave de ces devoirs* »¹⁰³¹, notamment ceux imposés par le traité ou le droit dérivé, par l’auteur de l’acte. C’est un contrôle de proportionnalité d’un type particulier qui vise à censurer les disproportions manifestes¹⁰³². Il en ressort que le contrôle de la Cour risque d’être extrêmement restreint sur les actes de la BCE. D’autant que la Cour de justice ne dispose pas d’expertise spécifique en la matière¹⁰³³. Dans le cas où elle serait confrontée à une jurisprudence abondante, il se pourrait qu’elle en développe une, comme l’a fait le Tribunal en matière de concurrence, étendant ainsi son contrôle¹⁰³⁴. Une telle démarche serait salubre, car en matière monétaire, des problèmes contentieux peuvent surgir.

C. *Illustration avec un cas concret : la décision instaurant un programme pour les marchés de titres*

Aucun acte de la BCE, lié à son activité monétaire, n’a été apprécié par la Cour de justice. Un recours a été introduit récemment contre la décision de la BCE d’acheter des titres d’État sur le marché secondaire¹⁰³⁵ et contre les décisions assouplissant les exigences d’éligibilité des garanties, notamment grecques, portugaises et irlandaises¹⁰³⁶. Le recours a été jugé

¹⁰³¹ CJCE, 17 juillet 1965, Italie c. Commission, aff. 32/64, Rec. 1965 p. 473, ici p. 486.

¹⁰³² La Cour précise ainsi que « *dans un domaine où, comme en l’espèce, les institutions communautaires disposent d’un large pouvoir d’appréciation, seul le caractère manifestement inapproprié d’une mesure par rapport à l’objectif poursuivi peut affecter la légalité d’une telle mesure* », voir par exemple CJCE, 19 novembre 1998, Royaume-Uni et d’Irlande du Nord c. Conseil de l’Union européenne, précité, §87.

Comme l’explique très bien A. Bouveresse, à propos de cet arrêt : « *Dans le cadre du contrôle restreint de la proportionnalité, l’obligation d’adopter une mesure proportionnée à l’objectif poursuivi se meut en une obligation de ne pas faire : de ne pas adopter d’actes manifestement disproportionnés. L’exigence du "non manifestement disproportionné" se trouve par ailleurs accentuée par la formulation négative de la Cour. Il ne s’agit pas d’imposer aux institutions qu’elles adoptent la "meilleure mesure", mais qu’elle édicte un acte qui ne soit pas manifestement inapproprié, inapte à remplir les objectifs poursuivis.* », BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l’ordre juridique communautaire*, précité, p. 339.

¹⁰³³ Voir, LEINO P., « *The European Central Bank and Legitimacy – Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy* », précité.

¹⁰³⁴ Aujourd’hui, depuis la création du Tribunal, ce dernier a développé en matière de concurrence une expertise qui est venue réduire le pouvoir discrétionnaire de la Commission. Il n’hésite plus à venir fouiller les raisonnements – même complexes – qu’elle tient et à la censurer. Une telle expertise a nécessité la mise en place de définitions et critères jurisprudentiels des notions économiques contenues dans le traité, auxquels aujourd’hui le Tribunal – et plus rarement la Cour – viennent confronter les décisions de la Commission. Sur ce thème, Aude Bouveresse parle du « *Renforcement de l’intensité du contrôle* », BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l’ordre juridique communautaire*, précité, pp. 346-369 et sur le rôle du Tribunal : LENAERTS K., « *Le Tribunal de première instance des communautés européennes : regard sur une décennie d’activités et sur l’apport du double degré de juridiction au droit communautaire* », CDE, 2000, pp. 323.

Un tel encadrement de l’action de la BCE serait-il possible ? La Cour pourrait-elle venir définir ces notions ? C’est douteux. En revanche, la BCE a précisé amplement ses raisonnements dans des orientations et articles du Bulletin mensuel dont la violation pourrait lui être opposée.

¹⁰³⁵ Décision de la BCE du 14 mai 2010 instaurant un programme pour les marchés de titres (2010/281/UE) (BCE/2010/5), précité.

¹⁰³⁶ Décision de la Banque centrale européenne du 6 mai 2010 relative à des mesures temporaires concernant l’éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement hellénique (2010/268/UE) (BCE/2010/3), précité ; décision de la Banque centrale européenne du 31 mars 2011 relative à des mesures temporaires concernant l’éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement irlandais (2011/227/UE) (BCE/2011/4), précité ; décision de la Banque centrale européenne du 7 juillet 2011 relative à des mesures temporaires concernant l’éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement portugais (2011/410/UE) (BCE/2011/10), précité.

irrecevable¹⁰³⁷. Si d'aventure il avait été jugé recevable, il n'est pas certain que les décisions de la BCE en seraient sorties indemnes. La décision mettant en place un programme d'achat de titres sur le marché secondaire étant la plus représentative, les analyses se concentreront sur cet exemple. Elle fut saluée par les marchés et les États concernés mais dénoncée par l'Allemagne et le tournant pris par la politique monétaire depuis fut, en partie mais pas officiellement, la cause du départ de l'économiste en chef de la BCE, J. Starck, et de A. Weber, Président de la Bundesbank.

C'est dans le prolongement de ce débat que le recours a été introduit. Même s'il a été formellement introduit par un requérant individuel, M. Städter, le recours émane d'un groupe d'étude allemand : « Europolis ». Ces derniers ont annoncé le recours dans un communiqué de presse du 26 septembre 2011, sobrement intitulé : « *Trichet traduit en justice devant la juridiction européenne* »¹⁰³⁸. Très emphatique¹⁰³⁹, il précise que : « *Le sort de l'Union monétaire est désormais entre les mains des juges de l'Union européenne* ». Il est signé par M. Städter (« Maître en droit ») agissant au nom du Professeur de droit M. C. Kerber. Le recours est jugé irrecevable pour non respect du délais de deux mois pour attaquer un acte en annulation. Le recours a été déposé le 11 octobre 2011, soit deux semaines après le communiqué de presse, alors que le délai pour attaquer la décision relative à l'éligibilité des créances portugaises se terminait le 6 octobre 2011 ! Il aurait peut être été plus judicieux de déposer le recours avant de faire le communiqué de presse...

Les arguments développés par les requérants, et rappelés par l'ordonnance, ne sont pas aussi maladroits que leur sens des priorités. Conscients de l'écoulement des délais de recours, ils se basaient sur les décisions individuelles prises quotidiennement par la BCE, sur le fondement de ces actes¹⁰⁴⁰. Cependant, faute pour le requérant de pouvoir identifier ces mesures, cet argument est rejeté¹⁰⁴¹. L'argument du Tribunal est contestable. En effet, il est délicat d'identifier ces mesures car l'Eurosystème est complexe et opaque. Son fonctionnement

2

Pour le Portugal, la BCE précise au considérant 4 que : « *Les circonstances exceptionnelles qui prévalent actuellement sur le marché financier, en liaison avec la situation financière du gouvernement portugais, ont perturbé l'évaluation par le marché des titres émis par le gouvernement portugais, ce qui a des répercussions négatives sur la stabilité du système financier. Cette situation exceptionnelle impose un ajustement rapide et temporaire du cadre de la politique monétaire de l'Eurosystème* ». Mais rien n'est dit sur l'impact positif d'une telle mesure sur l'évaluation par le marché de ces titres...

¹⁰³⁷ Tribunal, 16 décembre 2011, Stefan Städter c. BCE, aff. T-532/11, non encore publié.

¹⁰³⁸ http://www.europolis-online.org/uploads/media/Communiqué_de_presse_Trichet_traduit_en_justice.pdf

¹⁰³⁹ « *Le résultat de cette procédure montrera si les citoyens européens et surtout les citoyens de la zone Euro sont en mesure de contester la conformité des pratiques de la BCE avec les règles de l'Union monétaire* », ibidem.

¹⁰⁴⁰ Cela peut implicitement se déduire du §9 de l'arrêt (Tribunal, 16 décembre 2011, Stefan Städter c. BCE, précité) : « *Cette conclusion ne saurait être remise en cause par l'argument du requérant tiré du fait que l'exécution des actes attaqués persiste et qu'il ignore, faute de publication, les "transactions individuelles" prises en application desdits actes* ».

¹⁰⁴¹ « *D'autre part, dans la mesure où il conviendrait d'interpréter le recours de la partie requérante comme visant certaines mesures d'exécution des actes attaqués, force est de constater que, contrairement aux exigences de l'article 44, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure, lu conjointement avec l'article 21 des Statuts de la Cour de justice de l'Union européenne, de telles mesures ne sont pas identifiées dans la requête. À cet égard, le requérant ne saurait invoquer l'absence de sa connaissance d'éventuelles mesures d'exécution ou de transactions individuelles, pour pallier ces carences ou modifier le point de départ des délais de recours* », idem, §11.

interne, et notamment les opérations de marchés et les mesures non conventionnelles, ne font l'objet d'aucune transparence. La majorité des mesures sont prises par les BCN, selon leur propre droit, et peu d'entre elles rendent publiques les instruments qu'elles utilisent et encore moins les contrats individuels qu'elles signent. Il faut être partie à ces transactions pour les attaquer. En l'espèce, les requérants ne l'étaient pas. D'ailleurs, si la condition de délai avait été respectée, les conditions de recevabilité *rationae personae* n'auraient certainement pas été réunies. Le recours était voué à l'échec. C'est dommage car, pour se limiter au programme pour les marchés de titres, de nombreux arguments de fond auraient pu être développés.

Sur la forme, l'acte est qualifié de décision mais ne comporte pas de destinataires. Il est quantitativement bien motivé¹⁰⁴² et pris sur des bases juridiques adéquates même s'il ne vise pas l'article 34 des Statuts qui confère à la BCE son pouvoir de prendre des décisions¹⁰⁴³. La décision a été publiée au JO mais elle précise à son article 4 qu'elle entre en vigueur après sa publication sur le site internet de la BCE. Une liberté semble ici prise avec l'article 297 paragraphe 2 alinéa 1 qui impose la publication au JO et ouvre la possibilité à la décision de contenir sa date d'entrée en vigueur ; à défaut c'est vingt jours après la publication. La solution retenue par la BCE est porteuse d'insécurité juridique : seule la date de publication au JO peut être connue mais pas celle de la publication sur le site internet. Sur le fond, la motivation est insatisfaisante.

Au niveau de la qualité des motifs – et de la motivation – rien n'est dit de l'article 123 TFUE qui interdit à la BCE d'accorder des crédits aux gouvernements des États membres ou d'acquérir directement des titres qu'ils émettent. La décision respecte cette interdiction car elle ne vise, à son article 1, que les achats de titres émis par les États sur le marché secondaire et elle ne permet que les achats sur les marchés primaires de titres émis par des entités privées. Il aurait été bon que les considérants s'attardent sur le respect de l'article 123¹⁰⁴⁴. Sur les motifs de la décision, le considérant 2 évoque les « *circonstances exceptionnelles prévalant sur le marché des capitaux, caractérisés par de graves tensions sur certains compartiments de marché qui entravent le mécanisme de transmission de la politique monétaire et, par là, la conduite efficace d'une politique monétaire axée sur le stabilité des prix* ». Le contexte n'est pas plus développé que cela. Il aurait été souhaitable que la BCE identifie clairement les « compartiments » en question. Il n'est pas fait mention de la « crise des dettes souveraines » dont la BCE reconnaît l'existence et chiffre précisément les effets, par exemple dans un article du bulletin mensuel d'octobre 2010¹⁰⁴⁵. Les arguments qu'elle y

¹⁰⁴² Cinq considérants pour quatre articles.

¹⁰⁴³ Il s'agit de l'article 127 §2 du TFUE définissant les missions de la BCE et des articles 12 §1 alinéa 2 (ce fondement est curieux car il donne des pouvoirs de gestion de la politique monétaire au directoire et lui permet de recevoir des délégations du conseil des gouverneurs ; or ici c'est une décision du conseil qui ne semble pas déléguer de pouvoirs...), 3 §1 (qui reprend mot pour mot l'article 127 §2) et 18 §1 (qui autorise la BCE à faire des opérations d'open-market et notamment à acheter ou vendre « *des créances ou des titres négociables, libellés en euro* »).

¹⁰⁴⁴ J.-C. Trichet a précisé que cette décision ne pouvait constituer une violation des traités (voir, TRICHET J.-C., « *Lessons drawn from the crisis* », précité).

¹⁰⁴⁵ BCE, « *Les mesures prises par la BCE en réponse à la crise financière* », Bulletin Mensuel, Octobre 2010, pp. 59-74. La BCE y précise que « *Début 2010, des tensions sont réapparues sur certains compartiments des*

développe auraient eu leur place dans la motivation de la décision, notamment au regard de l'exigence de motivation renforcée en présence d'un pouvoir discrétionnaire. De même, le bulletin mensuel d'octobre 2010 précise que « *Conformément aux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les achats d'obligations d'État par l'Eurosystème sont strictement limités aux marchés secondaires. Pour que la situation de liquidité ne soit pas affectée, tous les achats sont intégralement stérilisés par le biais d'opérations de retrait de liquidité* »¹⁰⁴⁶. De telles précisions sont cruciales et devraient être contenues dans les motifs. Enfin, rien n'est dit dans les motifs sur l'effet d'une telle mesure sur les taux d'intérêts auxquels les États empruntent, qui pourrait être l'un des motifs cachés d'une telle décision. La même remarque pourrait être faite pour les décisions avec lesquelles l'Eurosystème modifie le cadre d'éligibilité des garanties – en baissant ses exigences – relativement aux dettes émises par le Portugal, la Grèce et l'Irlande. Il est délicat de dire – de prédire – l'appréciation que la Cour de justice aurait eu d'une telle décision.

Le pouvoir de la BCE est discrétionnaire au plus haut point et ne souffre d'aucun contrôle. Avec la crise son rôle change et elle prend une importance capitale. Elle est aujourd'hui – volontairement ou involontairement – la seule institution capable de rassurer les marchés avec la célérité nécessaire. Elle est laissée libre de définir des notions de « *stabilité des prix* » et de « *définition et de mise en œuvre de la politique monétaire* » évoquée à l'article 127. Le besoin de flexibilité et de discrétion lié à la politique monétaire ne saurait s'opérer hors de tout contrôle, au moins juridictionnel. Or, l'action de la BCE s'opère le plus souvent au moyen de pratiques et d'instruments laissant peu de place à un droit rigide. La souplesse de son cadre opérationnel permet une régulation efficace du marché monétaire aux dépens d'un contrôle juridictionnel efficace. Les mêmes motifs, liés à la complexité de la matière concernée, remettent en cause sa capacité à garantir sa responsabilité par la transparence.

§.2 - La responsabilité par la transparence

La transparence confère aux observateurs extérieurs la faculté de juger des performances d'un organe indépendant. Elle est en cela une forme de responsabilité. Elle se différencie de la publication des actes. La publicité des normes édictées par la BCE permet d'ouvrir l'accès à un contrôle juridictionnel. La transparence permet un contrôle concret du respect par l'organe du mandat qui lui a été confié. Pour P. Magnette, toute institution indépendante a un « *devoir de s'expliquer* »¹⁰⁴⁷. Ainsi, selon le E. Vos, la transparence poursuit quasiment deux buts à la fois : « *La transparence est donc considérée à la fois comme un prérequis à la responsabilité*

2

marchés financiers, notamment sur le marché des obligations d'État de la zone euro. Les écarts de rendement entre les emprunts publics à dix ans de certains pays de la zone euro ont commencé à se creuser par rapport aux emprunts publics allemands, en raison principalement des préoccupations croissantes des marchés quant à la viabilité des finances publiques dans un contexte de hausse des déficits et de la dette publics. Ces inquiétudes étaient telles que certains marchés secondaires se sont asséchés. Le creusement des écarts s'est accéléré en avril et début mai 2010 » (pp. 72-73). Voir aussi BCE, « Les mesures non conventionnelles de la BCE, leur incidence et leur suppression », précité, pp. 66-67.

¹⁰⁴⁶ *Idem*, p. 73.

¹⁰⁴⁷ MAGNETTE P., « The politics of Regulation in the European Union », précité, p. 14 : « *duty to explain* ».

et parfois même comme partie intégrante de la responsabilité »¹⁰⁴⁸. Ainsi pour G. Majone, « *Le but ultime de cette responsabilité est de fournir l'information nécessaire pour évaluer les résultats d'une autorité administrative et son utilisation du pouvoir discrétionnaire* »¹⁰⁴⁹. Celle-ci a été prévue, de manière limitée par les traités, qui imposent à la Banque centrale de publier annuellement et trimestriellement des rapports sur ses activités¹⁰⁵⁰. Elle doit ainsi rendre des comptes au Parlement, au Conseil, au Conseil européen et à la Commission, de sa capacité à remplir ses fonctions et des moyens qu'elle utilise pour cela. La BCE est allée au-delà de ces exigences. En effet, elle « *n'a pas d'autre alternative que de construire sa légitimité par le biais de sa communication et de son ouverture* »¹⁰⁵¹. Ainsi, la BCE publie quantitativement beaucoup d'informations mais elle limite celles pouvant avoir un impact politique (A). Ensuite, sous l'impulsion du Parlement européen, un dialogue s'est organisé entre les deux institutions offrant alors à la BCE une tribune pour formaliser le rendu de ses comptes (B).

A. *La transparence directe limitée de la BCE*

La transparence, dans la matière monétaire, jouit d'un statut spécifique. Les institutions de l'Union accordent une place centrale à la transparence¹⁰⁵². Elle est reconnue explicitement par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à son article 15 paragraphe 3. Son rôle au sein de l'Union européenne a pertinemment été résumé dans la déclaration n° 17 annexée au traité de Maastricht : « *la transparence du processus décisionnel renforce le caractère démocratique des institutions, ainsi que la confiance du public envers l'administration* ». Elle a ensuite été l'un des pivots sur lequel se fonde la Commission dans son livre blanc sur la gouvernance européenne¹⁰⁵³.

La Cour de justice a entériné ce rôle confié à la transparence en estimant qu'elle permet « *de garantir une plus grande légitimité, efficacité et responsabilité de l'administration à l'égard des citoyens dans un système démocratique* »¹⁰⁵⁴. En matière monétaire, la transparence n'est

¹⁰⁴⁸ « *Transparency is therefore considered as a prerequisite for accountability or sometimes even as part of accountability* », VOS E., « Independence, Accountability and Transparency of European Agencies » in GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, pp. 120-137, ici p. 129.

¹⁰⁴⁹ MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 141.

¹⁰⁵⁰ Art. 15 des Statuts.

¹⁰⁵¹ « *The ECB indeed has no alternative but to build its legitimacy through its policy of communication and openness* » MAGNETTE P., « Towards 'Accountable Independence'? Parliamentary Controls of the European Central Bank and the Rise of a New Democratic Model », précité, p. 331.

¹⁰⁵² Sur le rôle de la transparence et ses déclinaisons, voir CASTOR C., *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 524 p., pp. 43-108.

¹⁰⁵³ Communication, Gouvernance européenne - Un livre blanc, COM(2001) 428 final, JO C 287 du 12.10.2001, p. 1-29. La Commission ne fait pas de la transparence l'un des « *principes de la bonne gouvernance* » et préfère consacrer celui d'« *ouverture* », qui comprend la transparence (p. 12)

¹⁰⁵⁴ CJCE, 18 décembre 2007, Royaume de Suède c. Commission, aff. C-64/05, Rec. 2007, p. I-11420, § 54. L'arrêt emploie explicitement la notion de transparence. La Cour n'a pas toujours été aussi claire. Ainsi, alors que le Tribunal se basait sur cette notion (voir Tribunal, 7 décembre 1999, Interporc Im- und Export GmbH c. Commission, aff. T-92/98. Rec. 1999 p. II-03521, §39 ou Tribunal, 7 février 2002, Kuijper c. Conseil, aff. T-211/00, Rec. 2002 p. II-488, §52), la Cour ne faisait référence qu'à l'accès aux documents, ce qui est frappant dans l'arrêt qu'elle a rendu sur pouvoir du Tribunal dans l'affaire précitée, où les requérants évoquent la transparence, sans que la Cour ne reprenne le terme (CJCE, 6 mars 2003, Interporc Imund Export GmbH c. Commission, aff. C-41/00 P, Rec. 2003 p. I-02125).

pas – *a priori* – liée à la nécessaire responsabilité démocratique de la Banque centrale mais à ses rapports avec le marché (1). Cependant, avec une partie de la doctrine, il faut reconnaître que la transparence joue et doit jouer un rôle central dans le processus de responsabilité de la BCE, même si celle-ci y est réticente (2).

1) Le rôle ambiguë de la transparence de la BCE

Le discours officiel, sur la transparence, tenu par la BCE, et les membres du directoire, est clair. Elle s'adresse au marché, contribue à l'efficacité de la politique monétaire et n'est pas liée à sa responsabilité. Cependant, pour certains – y compris au sein du directoire – la transparence a un objet plus large et doit contribuer à la responsabilité de la BCE.

En novembre 2002, dans deux articles séparés du Bulletin mensuel, la BCE a abordé les deux questions distinctement¹⁰⁵⁵. Pour elle, les deux notions n'appartiennent pas au même « ordre ». La responsabilité appartient à l'« *ordre politique* » et la transparence à l'« *ordre économique* »¹⁰⁵⁶. La première est « *une pierre angulaire de la légitimité de la BCE et de son action* » tandis que la seconde sert d'« *instrument visant à renforcer l'efficacité de la politique de la BCE* »¹⁰⁵⁷. Tommaso Padoa-Schioppa reprend cette distinction et pour lui la transparence est une « *exigence économique* » alors que la responsabilité (*accountability*) est un « *devoir politique* »¹⁰⁵⁸.

Une telle vision n'est pas reprise par la doctrine, voire par certains membres de la BCE. Pour O. Issing, ancien membre du directoire, les notions de responsabilité et de transparence sont intimement liées. Pour lui, le public qui a confié à la BCE le soin de mener la politique monétaire doit savoir comment elle s'acquitte de sa tâche et doit alors, pour cela, être transparente¹⁰⁵⁹. Une telle vision est reprise par une majorité de la doctrine. Une telle inclusion est logique. La transparence sert les deux buts en même temps¹⁰⁶⁰. Elle est vitale pour la transmission de la politique économique, comme cela a été démontré. Au surplus, elle participe de la responsabilité de la banque centrale. C'est ainsi que la transparence a été conçue dans l'optique de l'*accountability*. Afin que le public puisse évaluer les performances d'un organe indépendant et ainsi que ce dernier soit responsable à ses yeux, il doit être informé sur les procédures, les raisonnements et les données que cet organe utilise pour

¹⁰⁵⁵ BCE, « La responsabilité de la BCE », *Bulletin Mensuel*, Novembre 2002, pp. 45-57 et BCE, « La responsabilité de la politique monétaire de la BCE », *Bulletin Mensuel*, Novembre 2002, pp. 59-67.

¹⁰⁵⁶ BCE, « La responsabilité de la BCE », précité, p. 45.

¹⁰⁵⁷ Ibidem.

¹⁰⁵⁸ « *accountability refers to a political duty, based on the need for democratic control over the exercise of power. It also refers to an ex post explanation and justification of decisions taken independently. Transparency, on the other hand, could be conceived as an economic requirement. It should be seen as a means to a successful implementation of the Eurosystem's mission, as an essential ingredient of policy-making in a complex environment* », PADOA-SCHIOPPA T., « An institutional glossary of the Eurosystem », 8 mars 2000.

¹⁰⁵⁹ « *the people of the EU, who has delegated the conduct of monetary policy to a specialised agent (the ECB), has no means at its disposal by which to hold the agent accountable unless the agent is required to be transparent about what it is doing, on an ongoing basis, to fulfil its mandate. Transparency is therefore an important ingredient of accountability* », ITSSING O., « The ECB and its watchers », précité. Il en va de même pour son collègue C. Noyer pour qui la responsabilité est « *favorisée par un degré élevé de transparence* » (NOYER C., « L'élaboration de la politique monétaire dans la zone euro », 23 mars 2000).

¹⁰⁶⁰ Voir ISSING O., « The Euro Area and the Single Monetary Policy », *OENB Working Papers*, n° 44, 30 p., p. 12-13.

prendre ses décisions. Conçue de manière théorique comme partie intégrante de la responsabilité des autorités indépendantes, la transparence a été reprise par le doctrine propre à la BCE.

Ainsi, même pour C. Zilioli, assez proche de la BCE, la transparence fait partie de la responsabilité des Banques centrales¹⁰⁶¹. Elle est indispensable à la compréhension et l'acceptation par les citoyens de l'action de leur banque centrale¹⁰⁶². La transparence se voit assigner un double rôle, économique et juridique¹⁰⁶³, voire politique. Ainsi, pour L. Bini Smaghi, la communication de la BCE doit pouvoir s'adapter aux différents publics auxquels elle s'adresse¹⁰⁶⁴. Cependant, cette multiplicité des fonctions de la transparence ne lui permet pas de remplir correctement tous les buts qui lui sont assignés et la BCE privilégie grandement la fonction économique au détriment de celle politique.

2) Une transparence politique modeste

Juger de la transparence de la BCE n'est pas évident. Non seulement elle cumule des rôles différents, mais aussi elle peut porter sur une large gamme d'informations. Elle passe aussi par différents biais, dont les standards minimums ont été posés par le traité. La BCE est allée au-delà de ces standards. Elle semble alors particulièrement transparente. Cependant, en comparaison avec d'autres institutions, sa fermeture frappe plus que son ouverture.

Le traité et les Statuts imposent à la BCE la publication d'un rapport annuel¹⁰⁶⁵ et d'un rapport trimestriel¹⁰⁶⁶. La BCE est allée bien au-delà de ces exigences. Elle publie un rapport mensuel, son Président fait une conférence de presse deux fois par mois à l'issue du conseil des gouverneurs, les discours des membres du directoire sont publiés sur le site internet, ainsi qu'un certain nombre d'articles, d'ouvrages et de données statistiques. La gamme des instruments dont la banque centrale s'est dotée pour sa communication est assez impressionnante. Au delà de la forme, plusieurs évaluations ont été faites sur le fond. Comme pour l'indépendance, la doctrine – économique majoritairement – a construit des indicateurs permettant de mesurer, et ainsi de comparer, le degré de transparence des banques centrales. Ces travaux classent relativement bien la BCE¹⁰⁶⁷. Elle cherche ainsi à être la Banque centrale la plus transparente du monde¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶¹ Voir ZILIOLI C., « Accountability and Independence : Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank », précité, pp. 404-405.

¹⁰⁶² Voir, de HAAN J., EIJFFINGER S.C.W. & WALLER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralization*, précité, p. 109 : « Central bank officials can be held accountable for their behavior where the reasoning and strength of opinion supporting certain monetary policy decisions are clear ».

¹⁰⁶³ Sur ce double rôle voir MARTUCCI F., « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », précité, §24.

¹⁰⁶⁴ BINI SMAGHI L., « The value of central bank communication », 20 novembre 2007 : « *The central bank communicates with at least three different target groups: i) financial market participants; ii) other institutional actors, in particular in the political sphere, and iii) the public at large. The type of communication differs significantly depending on the audience* ».

D'ailleurs pour lui, le lien entre communication, transparence et *accountability* est naturel (« *Why communication is essential to ensure Transparency and Accountability should be pretty obvious* »).

¹⁰⁶⁵ Art. 284 §3 du TFUE et 15 §3 des Statuts.

¹⁰⁶⁶ Art. 15 §1 des Statuts.

¹⁰⁶⁷ Pour un aperçu de ces travaux, voir MUSARD M., *Transparence des Banques centrales et application à la Banque centrale européenne*, Mémoire dactylographié, Université Paris 1, 2003, 111 p., voir plus précisément

Une telle conclusion est plutôt hâtive. La BCE est, peut être, plus transparente que ses homologues étrangères mais pas comparée aux autres institutions de l'Union, le traité limitant ses exigences en la matière. En premier lieu, les Statuts accordent, assez logiquement, une grande place à la confidentialité. Leur article 10 paragraphe 4 pose le principe selon lequel, pour le conseil des gouverneurs « *Les réunions sont confidentielles* », même si l'organe peut en décider autrement. L'article 23 du Règlement intérieur de la BCE étend ce principe à tous les organes de décision de la BCE et les groupes ou comités de l'Eurosystème. Ensuite, l'article 37 des Statuts impose aux membres de ces organes, et aux personnels de l'Eurosystème, de garder le secret professionnel, même après la cessation de leurs fonctions. Cette culture de la confidentialité est normale mais ne doit pas être poussée trop loin. Or, elle se retrouve dans les conditions d'accès aux documents de la BCE, dont il a été vu qu'elles

2

pp. 71-77 sur la construction de ces indices et pp. 86-89 sur leur application à la BCE. Pour un comparatif des résultats de différentes études, voir de HAAN J., EIJJFINGER S.C.W. & WALLER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralization*, précité, p. 101.

Ainsi S.C.W. Eijffinger et P. M Geraats construisent un indice où la BCE obtient la note de 10,5 sur 15, la meilleure note étant de 14 pour les Banques centrales de Nouvelle Zélande et de Suède et la moins bonne de 7,5 pour celle de Suisse ; la BCE se classant quatrième sur les 9 Banques centrales étudiées *ex-æquo* avec la banque centrale canadienne et 0,5 points au-dessus de la FED (voir EIJJFINGER S.C.W. & GERAATS P.M., *How transparent are Central Banks*, CEPR Working Papers, n° 3188, 2002, l'article a été mis à jour en 2005, voir <http://www.econ.cam.ac.uk/faculty/geraats/tpindex.pdf>, c'est sur cette dernière que le raisonnement s'appuie). L'indicateur est sur 15 points car il est construit sur quinze critères répartis en cinq catégories : la transparence politique (« *political* », la clareté de l'objectif fixé à la BCE, sa déclinaison quantitative et les arrangements institutionnels permettant de garantir sa poursuite, comme l'indépendance), la transparence économique (les données, les modèles et les projections économiques utilisés par la BCE), la transparence procédurale (la stratégie de la banque centrale, les minutes et les résultats des votes), la transparence politique (« *policy* », la rapidité de l'annonce des décisions, leur explication et des indications sur leur cours futur) enfin la transparence opérationnelle (un contrôle des erreurs, des problèmes de transmission de la politique monétaire et une évaluation des résultats de la politique). Pour ces cinq catégories, la BCE obtient respectivement le score de 3, 2,5, 1, 2 et 2. Dans la première version de leur travail, la BCE obtenait 0,5 point de moins. Elle les a gagné car les auteurs ont estimé qu'elle a amélioré l'explication de ses décisions de politique monétaire.

Pour l'indicateur construit par J. de Haan et F. Amtenbrink, la BCE obtient le score de 15 sur 19 (de HAAN J. & AMTENBRINK F., *A Non-Transparent European Central Bank? Who is to blame?*, papier présenté à la conférence « Monetary Policy Transparency » à la Bank of England, version révisée, juin 2003). La construction de leur indicateur est plus complexe que le précédent. Trois catégories sont distinguées, cependant tous les critères qu'elles comprennent n'ont pas tous le même poids. La première correspond aux objectifs de la politique monétaire, à savoir la clareté des objectifs, de leurs priorités respectives, de leur définition et des délais de réalisation. La seconde – dénommée stratégie – comprend l'annonce de la stratégie, l'annonce immédiate du taux d'intérêt et l'explication du choix et les prévisions d'inflation. Enfin la dernière relative à la stratégie de communication recouvre l'existence d'auditions parlementaires, la fréquence des rapports, un programme des réunions, des conférences de presse et la publication des minutes et des résultats des votes. La BCE, avec son score de 15, est à la quatrième place des six banques centrales étudiées. Le score le plus élevé est de 17 pour la Banque d'Angleterre.

Enfin, D. Gros et L. Bini Smaghi construisent un indice en 15 points, n'ayant pas la même valeur numérique, réparti en quatre catégories : les objectifs (un but déterminé et sa quantification), une stratégie (son annonce, l'annonce d'objectifs intermédiaires et des indicateurs), la publication des données et prévisions (les modèles macro-économiques utilisés, les informations sur les cibles et les prévisions d'inflation) et la stratégie de communication (auditions parlementaires, fréquence des rapports, conférences de presses, communiqués de presse, annonce des tendances futures, publications des minutes et des votes individuels). La BCE obtient le score de 19, elle arrive en seconde position des six banques étudiées derrière la Bank of England qui a le score de 24 (voir BINI-SMAGHI L. & GROS D., *Is the ECB sufficiently accountable and transparent?*, CEPS Working Document, n° 169, Juillet 2001).

Ce rapide aperçu montre que la BCE est plutôt transparente, notamment par rapports aux autres Banques centrales. Ainsi, par rapport à la FED elle est plus transparente (10,5 pour la BCE contre 10 pour la FED chez S.C.W. Eijffinger et P. M Geraats ; 15 contre 11 pour J. de Haan et F. Amtenbrink et 16 contre 19 chez L. Bini-Smaghi et D. Gros).

¹⁰⁶⁸ Voir ISSING O., « The Eurosystem: Transparent and Accountable or 'Willem in Euroland' », *JCMS*, Vol. 37 n° 3, pp. 503-519. L'ancien membre du directoire, dès 1999, dressait un portrait flatteur de la BCE : « *the ECB can already be regarded as the most transparent and accountable central banks in the world* », p. 505.

sont plus restrictives que pour les autres institutions¹⁰⁶⁹. Elle peut limiter l'accès à ses documents au nom de l'«*intérêt public*»¹⁰⁷⁰. Pour le Tribunal, la «*protection de l'intérêt public lié à la politique monétaire dans la Communauté constitue un motif légitime de limitation du droit d'accès aux documents (...) envisagé comme un droit fondamental*»¹⁰⁷¹. La BCE jouit ainsi d'une marge de manœuvre très large dans les informations qu'elle décide, ou non, de dévoiler.

A la suite de la création de la BCE, la doctrine a été très critique sur la stratégie de communication choisie. Aujourd'hui ce débat semble apaisé. Certains points ont particulièrement cristallisé l'attention et notamment le refus de la BCE de rendre publiques les minutes des réunions du conseil des gouverneurs et les votes individuels des membres. En témoigne un échange assez virulent, autour du thème d'Alice aux pays des merveilles et où les merveilles sont les amabilités que s'échangent les auteurs, entre W. H. Buitter et O. Issing, en poste au directoire à l'époque¹⁰⁷². Le premier reprochait à la BCE sa conception de la responsabilité¹⁰⁷³ mais aussi ses choix en matière de publication.

Ainsi, quant aux comptes rendus du conseil des gouverneurs, la BCE justifie son refus au nom de la responsabilité collective du conseil, sur la crainte de voir des pressions individuelles s'exercer sur les membres et sur la confidentialité des réunions du conseil des gouverneurs¹⁰⁷⁴. L'argument relatif à la préservation de l'indépendance est aussi mobilisé pour justifier l'absence de publication des votes individuels¹⁰⁷⁵. Cet argument est rejeté par W. H. Buitter. Bien que les votes soient confidentiels, pour l'auteur, les gouvernements sauront toujours quelle a été la position prise par le gouverneur de leur BCN¹⁰⁷⁶. Le meilleur moyen de limiter les pressions, qui sont inévitables, serait au contraire une publicité totale¹⁰⁷⁷. Cette opacité n'aurait pour effet que de renforcer la culture du consensus et les pouvoirs du président. Quant aux minutes, il ne demande que leur publication anonyme, pour éviter qu'elles se transforment uniquement en déclarations préparées à l'avance des membres du conseil¹⁰⁷⁸. En somme, il critique la culture du secret des banquiers centraux et plaide pour une culture de la transparence¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁶⁹ Voir Chapitre 1 du Titre 1 de la Première partie.

¹⁰⁷⁰ Art. 4 §1 de la décision de la Banque centrale européenne du 4 mars 2004 relative à l'accès du public aux documents de la Banque centrale européenne (2004/258/CE) (BCE/2004/3), précité.

¹⁰⁷¹ TPI, 27 novembre 2007, Pitsiorlas c. Conseil et BCE, aff. jtes. T-3/00 et T-337/04, Rec. 2007 p. II-4779, §231.

¹⁰⁷² BUITTER W.H., « Alice in Euroland », *JCMS*, 1999, Vol. 37 n° 2, p. 181-209 et ISSING O., « The Eurosystem: Transparent and Accountable or 'Willem in Euroland' », précité. W.H. Buitter qualifie O. Issing dans son article de « *enforcer for the ECB Opaqueness Squad* » p. 193.

¹⁰⁷³ Développée à la section suivante.

¹⁰⁷⁴ BCE, « La responsabilité de la BCE », précité, p. 53. La BCE fait explicitement référence à l'article 10 §4 des Statuts, sans préciser qu'il autorise le conseil à lever la confidentialité...

¹⁰⁷⁵ *Idem*, p. 54.

¹⁰⁷⁶ Par des fuites diverses, ou simplement parce qu'un membre du Conseil et de la Commission est invité aux réunions (BUITTER W.H., « Alice in Euroland », précité, p. 192).

¹⁰⁷⁷ « *The exercise of undue influence is not deterred by secrecy and confidentiality, but only by openness* », *ibidem*.

¹⁰⁷⁸ *Idem*, p. 193.

¹⁰⁷⁹ « *Disdain for the public's right to know is, unfortunately, not uncommon among continental central bankers. When it comes to the release of information, too many of them genuinely 'don't get it'. They are sincerely baffled*

La réponse d’Otmar Issing renforce le constat de Willem H. Buiters. Pour lui, le secret doit rester la norme et le conseil doit pouvoir maîtriser sa communication. Il doit expliquer ses décisions, mais pouvoir choisir ses termes, notamment par le biais de la conférence de presse, et l’intervention du président expliquant la décision prise, qui suit chaque conseil des gouverneurs¹⁰⁸⁰. Sur le fond, il n’a pas tort¹⁰⁸¹. Mais la conception sur laquelle il se base n’est pas acceptable. « *Le public va inévitablement – et peut-être à tort – chercher à simplifier les choses, à savoir classer les membres comme des faucons ou des colombes, des activistes et des non-activistes, et ensuite se concentrer sur la prédiction du comportement de ceux qui seront perçus comme des "indécis". Je doute que cela soit très utile à la politique monétaire* »¹⁰⁸². La section suivante montrera les errements d’un tel raisonnement qui sacrifie l’efficacité de la politique monétaire au mépris de la création d’une véritable opinion publique en la matière. Les raisonnements monétaires sont, par nature, complexes. Il est alors souhaitable qu’ils soient simplifiés à l’intention du grand public.

De tels arguments furent utilisés pour refuser la publicité des votes au Conseil. Les arguments qu’il développe dans l’arrêt John Carvel, pour refuser l’accès à certains documents ayant trait directement à ses délibérations, rappellent ceux avancés par la BCE¹⁰⁸³. Le Tribunal estime que le Conseil doit mettre en balance l’intérêt du citoyen d’avoir accès aux délibérations et l’intérêt du Conseil au secret de certaines d’entre elles,¹⁰⁸⁴ et le Conseil ne peut refuser l’accès à certains documents uniquement parce qu’ils se rapportent aux

2

by demands for openness because they never had to operate in a culture of openness, transparency and accountability. The knee-jerk response to any request for information is to deny it. Only if there is a compelling reason for releasing a particular item of information will they (reluctantly) allow it to enter the public domain. A culture of openness and accountability operates at the other end of the spectrum. All information is automatically in the public domain, unless there are overriding public interest reasons for not releasing a particular item », idem, p. 194.

¹⁰⁸⁰ « *At the monthly press conferences, the President of the ECB summarizes and explains the decisions of the Governing Council and the reasoning behind them. Moreover, the President and the Vice-President are available for extensive questioning, transcripts of which are made available at the ECB web site. I regard this practice (which complements the more comprehensive regular assessments provided on the monthly bulletin), as very close to representing ‘summary minutes’* », ISSING O., « The Eurosystem: Transparent and Accountable or ‘Willem in Euroland’ », précité, p. 511.

¹⁰⁸¹ La doctrine est divisée sur le sujet. Pour certains, l’absence de minutes est préjudiciable (voir KALTENTHALER K., ANDERSON C. J. & MILLER W. J., « Accountability and Independence Central Banks: European and Distrust of the European Central Bank », *JCMS*, 2010, Vol. 48 n° 5, pp. 1261-1281 ici plus précisément p. 1269) alors que pour d’autres leur apport au débat serait assez limité (voir de HAAN J., AMTENBRINK F. & WALLER S., « The Transparency and Credibility of the European Central Bank », *JCMS*, 2004, Vol. 42 n° 4, pp. 774-794, notamment p. 781).

¹⁰⁸² « *The public will inevitably – and perhaps wrongly – attempt to simplify matters, e.g. by classifying members as hawks and doves, or as activists and non-activists, and then concentrate on predicting the behaviour of any perceived ‘swing voter’. I doubt it will be helpful for monetary policy* », idem, p. 512.

¹⁰⁸³ TPI, 19 octobre 1995, John Carvel et Guardian c. Conseil, aff. T-194/94, Rec. 1994 p. II-2765, voir le paragraphe 52 : « *Afin de préciser les motifs qui sous-tendent le principe du secret de ses travaux, le Conseil souligne qu’il travaille dans le cadre d’un processus de négociations et de compromis, au cours duquel ses membres expriment librement leurs préoccupations et leurs positions nationales. Il serait essentiel que ces positions restent confidentielles, particulièrement si les membres sont contraints de s’en écarter afin qu’un accord puisse se dégager, au point parfois de ne pas suivre les instructions qui leur ont été données au niveau national sur un aspect particulier. Ce processus de négociations et de compromis serait vital pour l’adoption de la législation communautaire et serait mis en péril si les délégations devaient en permanence tenir compte du fait que leurs positions, telles qu’elles sont consignées dans les procès-verbaux du Conseil, peuvent à tout moment être rendues publiques par la possibilité d’avoir accès à ces documents, que le Conseil ait accordé ou non une autorisation à cet effet* ».

¹⁰⁸⁴ Idem, §65.

délibérations¹⁰⁸⁵. Le règlement intérieur du Conseil reflète cette évolution. Ainsi, dans sa version actuelle, il prévoit le principe de la publicité du Conseil lorsqu'il délibère sur des actes législatifs. Quand il s'agit d'autres types d'actes, les résultats des votes et leurs explications sont rendus publics¹⁰⁸⁶. Avec la version de 2009, le principe est passé de la fermeture vers l'ouverture du Conseil¹⁰⁸⁷. Pour C. Castor, au Conseil « *La culture du secret laisse ainsi progressivement la place au principe de publicité. La logique de compromis au sein du Conseil, l'impératif d'efficacité qui en découle ne sauraient aujourd'hui primer sur l'exigence démocratique* »¹⁰⁸⁸. L'ouverture de la publicité des délibérations du Conseil montre que les aspects pratiques ne sont pas déterminants. C'est un problème de principe qui motive le refus de publier des minutes. Deux approches contradictoires s'opposent : la culture du secret renforce l'efficacité de la politique monétaire tandis que celle de l'ouverture la responsabilité des organes monétaires. La BCE se voit comme un organe technique alors qu'elle joue un rôle politique. Or, la transparence est indispensable à la démocratie¹⁰⁸⁹ et il appartient à la BCE de « *créer les conditions intellectuelles d'un débat sain de ses décisions* »¹⁰⁹⁰, ce qui s'instaure petit à petit grâce à sa collaboration avec le Parlement européen.

B. La transparence organisée : le dialogue monétaire avec le Parlement européen

Le traité ne prévoyait qu'une transparence limitée de la BCE. Plus étonnamment, il était quasiment silencieux sur les relations entre les représentants des citoyens de la zone euro et l'institution monétaire. Cependant, cherchant à affirmer son rôle de dépositaire de la légitimité démocratique, le Parlement européen a utilisé les maigres bases juridiques que lui offrait le traité pour construire ce qui s'est appelé le dialogue monétaire (1). Toutefois, il souffre de cette infirmité congénitale, de ne toujours pas être mentionné dans le traité. Ainsi, alors que l'indépendance de la BCE a une valeur constitutionnelle, sa responsabilité devant l'organe démocratique n'a – au mieux – qu'une valeur coutumière. L'indépendance responsable penche plus en faveur de l'indépendance, beaucoup mieux assurée, limitant alors l'efficacité de cette responsabilité (2).

¹⁰⁸⁵ Idem, §73.

¹⁰⁸⁶ Décision du Conseil du 1^{er} décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur (2009/937/UE), JO L n° 325 du 11.12.2009, p. 35, voir articles 7 et 8.

¹⁰⁸⁷ Aujourd'hui, l'article 5 §1 du règlement intérieur précise que : « *Le Conseil siège en public lorsqu'il délibère et vote sur un projet d'acte législatif. Dans les autres cas, les sessions du Conseil ne sont pas publiques* ». La version antérieure (décision du Conseil du 15 septembre 2006 portant adoption de son règlement intérieur (2006/683/CE, Euratom), JO L n° 285 du 16.10.2006, pp. 47-71) comportait un principe contraire : « *Les sessions du Conseil ne sont pas publiques, sauf dans les cas visés l'article 8* ».

¹⁰⁸⁸ CASTOR C., *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, précité, p. 71.

¹⁰⁸⁹ « *Restrictions on transparency contradict the idea of democracy by hindering the right of the people to have access to governmental acts and their entitlement to use such information to expose possible incidents of public misconduct or maladministration.* », LEINO P., « The European Central Bank and Legitimacy – Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy », précité.

¹⁰⁹⁰ « *creating the intellectual decisions for a sound public debate of the ECB's decisions* », MAGNETTE P., « Towards 'Accountable Independence'? Parliamentary Controls of the European Central Bank and the Rise of a New Democratic Model », précité, p. 336.

1) L'institution progressive du dialogue monétaire

Les bases juridiques du dialogue monétaire sont assez fragiles. Esquissé par le traité, mais oublié des révisions de Nice et Lisbonne, il est fondé sur le bon vouloir des institutions. Si la démarche a obtenu une certaine reconnaissance, dans les faits, c'est par les avantages mutuellement bénéfiques que les deux institutions en retirent.

Le Parlement européen est quasiment absent des règles du traité relatives à l'Union monétaire. Alors qu'il met en place les participations croisées et la collaboration avec la Commission et le Conseil, le traité oublie le Parlement. Il n'a qu'un pouvoir consultatif dans le processus de nomination des membres du directoire, d'après l'article 283 paragraphe 2 alinéa 2 du TFUE¹⁰⁹¹. L'article suivant impose à la BCE de présenter annuellement un rapport au Parlement, mais aussi au Conseil et à la Commission¹⁰⁹². Cet article permet aussi au président de la BCE et aux membres du directoire d'être entendus par la commission compétente de Parlement, de leur propre initiative ou sur demande de ladite commission¹⁰⁹³. Ces bases juridiques sont minces pour l'institution d'une réelle collaboration entre les deux institutions¹⁰⁹⁴.

Le Parlement européen a souhaité officialiser leurs rapports dans un accord inter-institutionnel¹⁰⁹⁵. Evidemment, à l'époque, elle n'avait pas le statut d'institution mais un tel accord semblait tout de même possible. En revanche, les exigences du Parlement européen dans cet accord étaient certainement trop importantes pour que la BCE les accepte et notamment la publication des minutes¹⁰⁹⁶.

Ainsi, le dialogue monétaire ne se fonde que sur l'article 113 du Règlement intérieur du Parlement européen selon lequel : « *Le Président de la Banque centrale européenne est invité à participer aux réunions de la commission compétente au moins quatre fois par an en vue de faire une déclaration et de répondre à des questions* »¹⁰⁹⁷. Tant par sa forme, sans force contraignante pour la BCE¹⁰⁹⁸, que par les termes qu'il emploie – la notion d'invitation n'est pas porteuse d'un contenu impératif – cet article ne peut créer d'obligation pour la BCE. Les parlementaires peuvent aussi poser des questions écrites aux membres de la BCE, qui y répondent et publient le tout sur le site internet de la Banque. Ainsi, pour la doctrine, le

¹⁰⁹¹ Sur ce processus et son impact sur la légitimité de la BCE, voir *infra*.

¹⁰⁹² Art. 284 §3 alinéa 1 du TFUE (complété par l'art. 15 des Statuts).

¹⁰⁹³ Art. 284 §3 alinéa 2 du TFUE.

¹⁰⁹⁴ Les commentaires de ces dispositions étaient, cependant, assez optimistes. Rappelant que le Comité des gouverneurs s'était inspiré de la pratique américaine, J.-V. Louis estime que « *Les relations que le traité entend bâtir entre la BCE et le Parlement européen constituent quelque chose de nouveau dans la tradition européenne* », LOUIS J.-V., « L'Union économique et monétaire », précité, p. 70. Pour R. Smits : « *Here a dialogue can take place between the monetary authority and the voice of the European people* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 174.

¹⁰⁹⁵ Voir *Rapport sur le contrôle démocratique dans la troisième phase de l'UEM*, Commission économique, monétaire et de la politique industrielle (Rapporteur C. Randzio-Plath), 23 mars 1998, §7 (« *un accord formel* »).

¹⁰⁹⁶ *Idem*, § 15.

¹⁰⁹⁷ Art. 113 §3 du Règlement intérieur du Parlement européen, 7^{ème} législature. Il précise à son quatrième paragraphe que : « *À leur demande ou à celle du Parlement, le Président, le vice-président ou d'autres membres du directoire de la Banque centrale européenne sont invités à participer à d'autres réunions* ».

¹⁰⁹⁸ Voir, sur ce thème, AMTENBRINK F. & van DUIN K., « *The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue* », précité, p. 569.

dialogue monétaire se fonde sur une « *interprétation extensive* » de l'article 283 paragraphe 3¹⁰⁹⁹. La lecture de ce dernier ne dégage qu'une audition du Président à l'occasion du rapport annuel et le « *faculté* » de son audition par le Parlement ou l'une de ses commissions. La présentation du rapport annuel est prévue devant l'assemblée plénière, ce qui lui confère une solennité certaine.

Même si, sur le fond, certaines réserves doivent être faites sur l'efficacité du dialogue monétaire, il est indéniable que d'un point de vue quantitatif l'entreprise est une réussite. Le dialogue a lieu depuis plus de 10 ans. Ce résultat est dû à la « *naissance* » d'un « *modus vivendi* »¹¹⁰⁰ entre le Parlement et la Banque centrale, qui a permis de faire fonctionner leur collaboration. N. Jabko a dégagé les arguments ayant conduit à cette entente. Pour s'affirmer, le Parlement européen s'est immédiatement posé comme le seul garant de la démocratie dans l'Union et implicitement le seul par lequel la BCE peut acquérir une légitimité de ce type¹¹⁰¹. Au-delà, le Parlement a fait plusieurs pas vers la BCE. Dès la nomination du président Duisenberg, les parlementaires ont montré leur opposition aux tractations politiques – françaises notamment – entourant ce processus¹¹⁰². Ainsi « *le Parlement s'est révélé comme un allié potentiel aux yeux des banquiers centraux* »¹¹⁰³.

Ces derniers étaient, à l'origine, réticents au dialogue au nom de l'indépendance, mais aussi d'une certaine conception de leur légitimité qui passe directement par le grand public auxquels ils apportent la stabilité des prix¹¹⁰⁴. Le directoire était divisé sur cette question. Certains comme T. Paddoa Schioppa étant favorables à la responsabilité devant le Parlement européen¹¹⁰⁵. Un tel point de vue est devenu majoritaire et le Parlement a été consacré comme occupant « *une place privilégiée et, même, essentielle* »¹¹⁰⁶. La BCE voit dans les auditions devant le Parlement européen « *une tribune pour expliquer sa politique* »¹¹⁰⁷ et la possibilité de gagner en légitimité. Ainsi, malgré des bases juridiques fragiles, le dialogue monétaire a

¹⁰⁹⁹ MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne, Dialogue monétaire et "accountability délibérative" », précité, p. 576.

¹¹⁰⁰ JABKO N., « Expertise et politique à l'âge de l'euro : la Banque centrale européenne sur le terrain de la démocratie », précité, p. 915.

¹¹⁰¹ « *Le contrôle démocratique doit être exercé au niveau européen, et que le Parlement européen, seule institution élue directement à ce niveau, représente une institution particulièrement appropriée pour demander des comptes à la BCE* », Rapport sur le contrôle démocratique dans la troisième phase de l'UEM, précité, p. 5. Voir aussi l'article écrit sur ce thème par la présidente, à l'époque de la Commission économique et monétaire du Parlement : RANDZIO-PLATH C., « A New Political Culture in The EU – Democratic Accountability of the ECB », ZEI Working Paper, 2000, plus précisément pp. 2-4.

Pour N. Jabko, il s'agit d'une « *stratégie maximaliste d'affirmation du rôle du Parlement européen* », « Expertise et politique à l'âge de l'euro... », précité, p. 914. Il conclut ainsi : « *Aussi, le contrôle parlementaire constitue-t-il la meilleure alternative possible, mais encore une nécessité minimale à partir du moment où l'on accepte l'idée d'indépendance de la Banque centrale par rapport aux gouvernements élus* », *idem*, pp. 914-915.

¹¹⁰² « *il convient également de souligner que l'indépendance des candidats et de la BCE a été mise en cause par certains gouvernements en raison des débats entourant le premier président de la BCE. Pareille controverse publique a un effet négatif et encourage la méfiance de la population à l'égard de l'indépendance du président de la BCE* », Rapport sur le contrôle démocratique dans la troisième phase de l'UEM, précité, p. 14.

¹¹⁰³ *Idem*, p. 916.

¹¹⁰⁴ Voir section suivante sur ce thème.

¹¹⁰⁵ *Idem*, p. 917.

¹¹⁰⁶ BCE, « Les relations de la BCE avec les institutions et les organes de la Communauté européenne », *Bulletin Mensuel*, Octobre 2000, pp. 49-64.

¹¹⁰⁷ LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 195.

réussi à s'installer. Son principal ressort reste qu'il est bénéfique pour chacun des participants¹¹⁰⁸. Cependant, ces bénéfices sont relativement limités dans leurs effets concrets.

2) L'efficacité limitée du dialogue monétaire

Deux causes principales expliquent le potentiel limité du dialogue monétaire. Elles se cumulent et s'influencent l'une et l'autre. D'un côté, le Parlement ne dispose d'aucun instrument contraignant sur la Banque centrale. Ensuite, le dialogue est limité sur le fond où les questions monétaires sont étudiées en surface, la discussion se focalisant souvent sur des grands problèmes de politique économique.

Le Parlement européen s'est directement inspiré des rapports entre la Réserve fédérale américaine et le Congrès pour modeler ses relations avec la BCE¹¹⁰⁹. Cependant, le statut de la Fed est posé par le Congrès qui dispose constamment de l'argument massue de le refonder. Les Statuts de la BCE sont gravés dans le traité et seules quelques dispositions peuvent être modifiées, mais par une procédure où le Parlement européen n'est pas seul et n'a pas non plus le dernier mot¹¹¹⁰. Pour J.-V. Louis : « *La limitation du rôle du législateur communautaire dans la détermination des règles statutaires constitue un point faible en ce qui concerne la légitimité démocratique du SEBC* »¹¹¹¹. Par exemple, les parlementaires – lors des négociations du traité de Nice et du traité constitutionnel – ont menacé d'amender les statuts. Ce fut sans succès et sans réel effet sur la BCE dont la réaction a été « *nonchalante* »¹¹¹².

D'autant que les principes fondamentaux de la responsabilité sont exclus de cette procédure. Le Parlement européen n'a ni le droit de réformer les décisions de la BCE, ni de sanctionner ses dirigeants. Le seul instrument dont il dispose est de rejeter le rapport annuel, qu'il doit approuver en séance plénière¹¹¹³. La séance même au cours de laquelle le Parlement entend le président de la BCE ne permet pas non plus un réel débat puisque son déroulement s'apparente plutôt à un « *monologue* » du président qui n'est pas obligé de répondre aux questions¹¹¹⁴. En 2005, le Parlement a refusé un tel vote, pourtant approuvé par la

¹¹⁰⁸ « *Un tel modus vivendi a pu émerger parce que chaque acteur était détenteur d'un bien recherché par l'autre. En effet, la BCE était en quête d'une légitimité démocratique, que son interaction avec le Parlement européen pouvait contribuer à accroître. Inversement, le Parlement était en quête d'un droit de regard sur la conduite de la politique économique de l'UE, que la BCE pouvait consentir à lui accorder* », JABKO N., « Expertise et politique à l'âge de l'euro... », précité, p. 915.

¹¹⁰⁹ Il s'est même livré à une analyse comparée où les Etats-Unis sont amplement cités, voir *Rapport sur le contrôle démocratique dans la troisième phase de l'UEM*, précité, pp. 9-11.

¹¹¹⁰ Voir *supra* Chapitre 1 du Titre 1 de la Première partie.

¹¹¹¹ LOUIS J.-V., « Indépendance des Banques centrales, séparation des pouvoirs et démocratie », précité, p. 473.

¹¹¹² « *Putting on a brave face, MEPs have from time to time flexed their muscle in making covert threats on the occasion of treaty negotiations (...). The ECB has taken a rather nonchalant stand on this issue, stating that ultimately that is up to Member States to amend the treaty* », AMTENBRINK F. & van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », précité, p. 582.

¹¹¹³ Art. 119 du *Règlement intérieur du Parlement européen*, précité. Pour Olivier Clerc, le fait que cette présentation se passe devant l'Assemblée plénière lui donne une « *solennité certaine* » (CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro*, précité, p. 259).

¹¹¹⁴ MAGNETTE P., *Contrôler l'Europe – Pouvoirs et responsabilités dans l'Union européenne*, précité, p. 67.

Commission économique et monétaire. A ce propos, F. Martucci estime que « *juridiquement sans conséquence, un tel rejet a une importance politique* »¹¹¹⁵.

Sur le fond des débats, cette absence quasi totale de pouvoirs du Parlement européen a sans doute eu un effet. Dans leur bilan des dix années du dialogue monétaire, le Professeur Amtenbrink et K. van Duin sont très sceptiques sur le fond. Pour eux, même s'il y a « *des signes clairs d'une maturité de la relation entre le Parlement européen et la BCE* »¹¹¹⁶, aujourd'hui le dialogue se résume à un « *forum de discussion sur les politiques économiques* » ou les propos sont « *larges et superficiels* »¹¹¹⁷. Ils doutent que « *les discussions menées au sein du dialogue monétaire constituent effectivement une analyse des performances de la BCE* »¹¹¹⁸.

Sur le fond, les premiers temps du dialogue monétaire ont été compliqués. Les parlementaires n'étaient pas assez préparés¹¹¹⁹ et les banquiers centraux relativement fermés au dialogue. La doctrine rapporte certaines « passes d'armes » entre la présidente du Comité économique et financier et le président de la BCE¹¹²⁰. Les positions de chacun se sont arrangées. Sur les demandes pressantes des parlementaires, la BCE a accepté de publier des « *projections économiques* »¹¹²¹ mais pas ses minutes¹¹²². Ce refus se fonde sur l'existence de la conférence de presse qui remplace aisément les minutes¹¹²³. Les parlementaires se sont beaucoup mieux préparés¹¹²⁴ et ont fait appel à des spécialistes afin de leur communiquer des études et des propositions parfois précises sur les points à l'ordre du jour. Les banquiers centraux ont aussi

¹¹¹⁵ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, précité, p. 341.

¹¹¹⁶ « *clear signs of a maturing relationship between the EP and the ECB* », AMTENBRINK F. & van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », précité, p. 582.

¹¹¹⁷ « *Instead of focusing on the track record of the ECB, the encounters between PEM and the ECB president have gradually developed into a more general forum for discussions on economic policy (...). Discussions remain broad and superficial, and for a large part focus on a whole range of economic policy issues for which the ECB is not responsible, but which are topical and are considered politically important at the time of the hearings* », idem, pp. 581-582.

¹¹¹⁸ « *the discussion in the monetary dialogue actually constitutes an effective review of ECB performance* », idem, p. 581.

¹¹¹⁹ Pour F. Martucci, « *Patent lors des premières auditions, le manque d'information se réduit à mesure que la transparence de la BCE s'accroît* », MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne... », précité, p. 585. R. Smits estimait avant l'instauration du dialogue que « *Parliament should ensure a high level of debate, with MEPS who have eminent economic credentials and who are well-informed* », SMITS R., *The European Central Bank – Institutional Aspects*, précité, p. 174.

¹¹²⁰ Voir par exemple l'audition de W. Duisenberg du 18 janvier 1999 : « *Mme Randzio-Plath : "Prévoyez-vous une évolution de la pensée de la BCE au sujet de la publication des procès-verbaux ?..."* »

M. Duisenberg : "Bien, j'ai déjà répondu à cette question de nombreuses fois et la réponse est non, Madame la présidente"

Mme Randzio-Plath : "Eh bien, c'est une question que je devrai continuer à vous poser jusqu'à ce que j'obtienne une réponse différente, je crois..." ».

¹¹²¹ Le terme est important. O. Issing rappelle qu'il ne s'agit en aucun cas de prévisions (ISSING O., « *Europe's challenges after the establishment of Monetary Union: a central banker's view* », 1^{er} décembre 2000).

¹¹²² Voir JABKO N., « *Expertise et politique à l'âge de l'euro : la Banque centrale européenne sur le terrain de la démocratie* », précité, p. 923 ; LOUIS J.-V., *L'Union européenne et sa monnaie*, précité, p. 192-193.

¹¹²³ « *En substance, cette déclaration est semblable à ce que d'autres banques centrales appellent des "minutes"* », NOYER C., « *La Banque centrale européenne: bilan et perspectives après onze mois* », 24 novembre 1999.

¹¹²⁴ Voir RANDZIO-PLATH C., « *A New Political Culture in The EU – Democratic Accountability of the ECB* », précité, p. 14.

tempéré leur vision du dialogue. Ainsi, après les premières années de fonctionnement, la doctrine était déjà mitigée sur les résultats du dialogue monétaire¹¹²⁵. N. Jabko décelait, cependant, « *un certain avantage pour la BCE* »¹¹²⁶.

Cependant, malgré toutes ces possibilités, le dialogue n'a pas pris l'ampleur qu'il aurait pu prendre. Certaines raisons symboliques et pratiques peuvent être évoquées. Dès les prémises du dialogue, F. Martucci évoquait le « *complexe d'infériorité, entretenu par la condescendance, voire l'exaspération à peine dissimulée, de certains répons du Président de la BCE* »¹¹²⁷. Le déroulement même des auditions n'aide pas à résorber ce complexe. Elles débutent toujours par un monologue de quinze minutes du président de la BCE, puis les députés peuvent poser des questions mais ils n'ont qu'une minute pour cela et trois minutes pour le membre du directoire¹¹²⁸. De telles règles n'encouragent pas le débat de fond. D'autant que le banquier central se trouve sur l'estrade et les députés en-dessous, alors que devant le Congrès les membres de la FED sont situés plus haut que les élus. Les députés ne semblent pas, non plus, vouloir réellement saisir cette opportunité. Ainsi, malgré l'appui d'un panel d'experts rédigeant des contributions exprès pour eux, F. Amtenbrink et K. van Duin ont compté le nombre de références faites à ces travaux par les députés. Elles sont très limitées. Ils rappellent même que les experts consultés ont estimés en 2005 que l'usage de leurs contributions pouvait être amélioré¹¹²⁹. Alors que les députés ne semblent pas avoir approfondi suffisamment leurs connaissances, la BCE n'a jamais réellement ouvert le dialogue sur les points cruciaux, et notamment sa définition de la stabilité des prix, sa stratégie de politique monétaire et la poursuite du second objectif que lui assigne le traité. Cherchant à instaurer un espace de débat entre la banque centrale et le Parlement, et par son biais les citoyens, le dialogue monétaire ne réussit pas car la matière monétaire, comme le comportement de la BCE, ne se prêtent pas réellement à l'ouverture d'un espace de discussion pourtant nécessaire.

Section 2 - L'impossible légitimité démocratique de la BCE

La légitimité de la BCE exige un effort de sa part, une réelle volonté de construire un lien avec les citoyens de l'Union et, surtout leurs représentants. Mais, l'institution repose sur une contradiction fondamentale : la délégation à une institution indépendante d'un pouvoir politique. D'autant que légitimité est une notion complexe dont l'acquisition exige la réunion de deux aspects différents : un aspect procédural et un aspect quasiment mystique. Elle passe,

¹¹²⁵ F. Martucci évoque, en 2003, une « *phase d'observation* », MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne... », précité, p. 592.

¹¹²⁶ JABKO N., « Expertise et politique à l'âge de l'euro : la Banque centrale européenne sur le terrain de la démocratie », précité, p. 923.

¹¹²⁷ MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne... », précité, p. 587.

¹¹²⁸ *Idem*, p. 583-584 ; AMTENBRINK F. & van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », précité, p. 571.

¹¹²⁹ AMTENBRINK F. & van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », précité, p. 580.

selon M. Weber, par une « *croyance en la légitimité* »¹¹³⁰. P. Pescatore le confirme lorsqu'il estime que « *la légitimité est une conviction politique et morale diffuse dans le corps social* » à savoir : « *qu'un ordre politique est intrinsèquement juste et bon, que l'autorité a été régulièrement investie, que, pour cette raison, cet ordre doit être respecté, cette autorité obéie* »¹¹³¹. Cependant, le juriste ne peut s'intéresser que partiellement à la naissance de cette conviction, aux mécanismes d'intégration sociale qui permettent d'allouer à l'État le monopole, incontesté, de la « *domination légitime* »¹¹³². En revanche, il contrôle les mécanismes qui permettent de pérenniser cette croyance. La légitimité se confond alors avec la « *légalité, c'est-à-dire la soumission à des statuts formellement corrects et établis avec la procédure d'usage* »¹¹³³. C'est ainsi que se lie, dans les sociétés modernes, légitimité et démocratie. La démocratie constitue la procédure qui permet une édicition considérée comme légitime du droit. Elle est, selon E.W. Böckenforde : « *un principe d'organisation relatif à la détention et à l'exercice du pouvoir de l'État* »¹¹³⁴. La démocratie joue aussi le rôle de garant de cette légitimité en faisant office d'« *antidote à l'omnipotence de l'appareil d'État et à la folie du pouvoir personnel* »¹¹³⁵.

La question de la légitimité gagne encore en complexité dans le double contexte juridique et temporel dans lequel la BCE se situe. Tout d'abord, la question de la légitimité de l'Union européenne ne peut se résumer à celle de ses États membres, ni même se fonder sur les mêmes mécanismes. Ensuite, la démocratie est aujourd'hui en crise. Ces deux problèmes, *in fine*, se rejoignent sur certains points, déterminants pour la légitimité de la BCE. Le premier défi, central, est celui de la bureaucratisation des sociétés contemporaines. Pressenti par M. Weber, ce phénomène érode aujourd'hui la légitimité des États démocratiques par l'ampleur qu'il prend et qu'E. Morin n'hésite pas à qualifier de « *gigantesque technobureaucratie qui restreint l'exercice politique du citoyen* »¹¹³⁶. La bureaucratie reste, cependant, « *tout bonnement inévitable de par les besoins de l'administration de masse* »¹¹³⁷ car elle est « *la plus rationnelle du point de vue formel et du point de vue technique* »¹¹³⁸. Dans son fonctionnement, elle signifie : « *la domination en vertu du savoir* »¹¹³⁹. La complexité des sociétés modernes implique une nécessaire spécialisation de la bureaucratie¹¹⁴⁰. Cependant,

¹¹³⁰ « *L'expérience montre qu'aucune domination ne se contente de bon gré de fonder sa pérennité sur des motifs ou strictement matériels, ou strictement affectuels, ou strictement rationnels en valeur. Au contraire, toutes les dominations cherchent à éveiller et à entretenir la croyance en leur "légitimité"* », WEBER M., *Économie et société – Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, Pocket, Paris, 1995, 411 p., ici p. 286.

¹¹³¹ PESCATORE P., « Les exigences de la démocratie et de la légitimité de la Communauté européenne », *CDE*, 1974, pp. 499-514, ici p. 505.

¹¹³² WEBER M., *Économie et société – Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, précité, p. 74.

¹¹³³ *Idem*, p. 73.

¹¹³⁴ BÖCKENFÖRDE E.-W., *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, précité, p. 278.

¹¹³⁵ MORIN E., *La méthode*, précité, p. 2074.

¹¹³⁶ *Idem*, p. 2091.

¹¹³⁷ WEBER M., *Économie et société – Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, précité, p. 298.

¹¹³⁸ *Ibidem*.

¹¹³⁹ *Idem*, p. 299.

¹¹⁴⁰ « *On a que le choix entre la "bureaucratisation" et la "dilettantisation" de l'administration, et le grand instrument de supériorité de l'administration bureaucratique est le savoir spécialisé dont le besoin absolu est déterminé par la technique moderne et l'économie de la production* », *idem*, p. 298.

pour M. Weber, l'administration bureaucratique a systématiquement « à sa tête, un élément au moins qui n'est pas bureaucratique »¹¹⁴¹. Ces traits que décrit l'auteur ne font que s'accroître sous l'évolution de l'État en « État providence » et en « État régulateur », prenant en charge des tâches sans cesse nouvelles au sein des sociétés modernes. Parallèlement, ces sociétés n'ont cessé de se complexifier, rendant nécessaire une plus grande spécialisation de l'administration et risquant sa déconnexion avec le politique.

Face à ces évolutions, de nouvelles formes de gouvernement fondées sur l'administration, étudiées avec les idées de régulation et de gouvernance, se sont développées. Elles postulent la difficulté du pouvoir politique à gérer une société devenue trop complexe, et le besoin du pouvoir de se fonder sur le savoir des experts voire, dans le cas de la BCE, de leur confier le pouvoir. Dans leur forme la moins aboutie, elles posent des problèmes de légitimité, car le citoyen risque de ne plus pouvoir saisir les enjeux et les modalités de l'action gouvernementale devenue trop complexe pour être expliquée. Les Banques centrales sont l'exemple typique d'une forme plus aboutie qui passe par la délégation du pouvoir du Parlement ou du gouvernement vers des autorités indépendantes¹¹⁴².

La légitimité de ces organes est d'autant plus problématique qu'ils ne sont plus intégrés dans l'appareil démocratiquement légitimé. Ainsi, le modèle dit de Westminster – fondé sur les institutions démocratiques anglaises – se périmé. Il repose sur un système hiérarchique dans lequel le pouvoir découle du peuple, qui le confie au parlement qui le représente et qui ensuite confie la gestion des affaires courantes au gouvernement¹¹⁴³. Le modèle s'érode d'autant plus que l'Europe se construit. Sans aller jusqu'à voir dans l'Union européenne une excroissance géante des États bureaucratiques¹¹⁴⁴, il est évident que l'Union européenne participe de ce mouvement de développement d'une administration technique et spécialisée¹¹⁴⁵. De nouvelles formes de responsabilité sont nécessaires pour assurer la légitimité de ce type nouveau

¹¹⁴¹ *Idem*, p. 296.

¹¹⁴² « Agency regulation involves a degree of delegation by the legislature of executive power beyond the political accountable government department which comprises the core executive », SCOTT C., « Regulatory governance and the challenge of constitutionalism », précité, p. 3.

Pour Renaud Dehousse : « des phénomènes tels que la constitution d'une vaste bureaucratie, le progrès technologique ou le rôle croissant des experts dans l'élaboration des politiques des pouvoirs publics rendent difficile de soutenir que toutes les décisions affectant le sort de la nation sont prises par les représentants du peuple », DEHOUSSE R., « Les institutions européennes en quête de légitimité : nécessité d'une approche privilégiant la procédure » in de SCHUTTER O., LEBESSIS N. & PATERSON J., *La gouvernance dans l'Union européenne*, OPOCE, Luxembourg, 2001, pp. 186-205, ici p. 187. Voir aussi MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 132-134.

¹¹⁴³ « Le schéma institutionnel de la responsabilité est, en régime parlementaire, pyramidal : tout fragment de la puissance publique est formellement responsable devant un supérieur, qui doit lui-même en rendre compte devant les élus, issus de la nation », MAGNETTE P., *Contrôler l'Europe – Pouvoirs et responsabilités dans l'Union européenne*, précité, p. 21.

¹¹⁴⁴ Pour une position contraire assimilant l'Union européenne au prolongement du développement des bureaucraties nationales (« *The community as Supranational Administrative Agency* ») voir : LINDSETH P.L., « Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: the example of the European Community », *Columbia Law Review*, 1999 Vol. 99, pp. 228-638.

¹¹⁴⁵ Voir MORAVCSIK A., « The European Constitutional Settlement », *The World Economy*, 2008, pp. 158-183 ; « The European Constitutional Compromise and the neofunctionalist legacy », *JEPP*, 2005, Vol. 12 n° 2, pp. 349-386 et « In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union », *JCMS*, 2002 Vol. 40 n° 4, pp. 602-624..

d'exercice du pouvoir, notamment dans l'Union européenne dont il constitue – quasiment – le cœur de métier.

Quasiment unanimement, la doctrine européenne – et celle consacrée à la BCE¹¹⁴⁶ – appelle à rejeter les mécanismes de légitimation issus des États nations. Ces mécanismes sont faillibles au sein même des États. Or, l'Union n'est pas un État, ne le sera sans doute jamais¹¹⁴⁷ et doit ainsi se voir appliquer des concepts qui lui sont propres¹¹⁴⁸. La raison principale, qui doit guider notre raisonnement, est que les États peuvent appuyer leur légitimité sur une histoire qui leur confère, *a priori*, l'aspect mystique de la légitimité. Or, l'Union n'en dispose pas et doit construire sa propre mythologie sur laquelle faire reposer sa légitimité. Plusieurs modèles de légitimité ont alors émergé.

Le modèle développé par G. Majone comporte deux volets. La *procedural legitimacy* se fonde sur l'établissement d'une institution, la nomination de ses membres et son contrôle par des autorités élues¹¹⁴⁹. Il insiste sur des points déjà abordés, notamment « *la transparence et la responsabilité publique* »¹¹⁵⁰. Le second versant recouvre la *substantive legitimacy* par laquelle les autorités indépendantes doivent sans cesse maintenir « *la croyance qu'elles sont les plus à même de remplir les fonctions qui leur sont confiées* »¹¹⁵¹. Pour cela, il faut que l'objectif à atteindre soit défini à l'avance de manière claire et que les résultats puissent être aisément quantifiables et comparables au but fixé¹¹⁵². Ces conditions permettent alors une

¹¹⁴⁶ « *Thus, the democratic legitimacy of the monetary policy within the EMU framework cannot be realised on the basis of traditional, democratic methods but through a combination of different supervisory and accountability arrangements, which contribute to creating legitimacy. Transparency plays a central role in these arrangements* », LEINO P., « The European Central Bank and Legitimacy – Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy », précité ; MAGNETTE P., « *Quis custodes custodiet ? La Banque centrale européenne entre indépendance et responsabilité* », précité, pp. 5-6 ; DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, précité, p. 113.

¹¹⁴⁷ « *Dans la mesure où l'Union européenne n'est pas un État, mais une sorte d'union d'États, il serait fallacieux de croire qu'une telle transposition peut s'effectuer de façon mécanique* », DEHOUSSE R., « Les institutions européennes en quête de légitimité : nécessité d'une approche privilégiant la procédure », précité, p. 188.

¹¹⁴⁸ « *It render urgent the task of (re)conceiving legitimacy in a way that both deals with the reality of transnationalism and accepts that traditional principles of legitimacy drawn from state-based models do not work at the European level and may be obsolete at national level as well* », SCOTT J. & TRUBEK D.M., « *Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union* », *ELJ*, Vol. 8 n° 1, Pp. 1-18, ici p. 17. Voir aussi, MAGNETTE P., *Contrôler l'Europe – Pouvoirs et responsabilités dans l'Union européenne*, précité, p. 24 ; CRAIG P.P., « *Democracy and Rule-making within the EC: An Empirical and Normative Assessment* », *ELJ*, 1997, Vol. 3 n° 2, pp. 105-130 (plus précisément p. 116) et MAJONE G., « *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards* », *ELJ*, 1998, Vol. 4 n° 1, pp. 5-28 (plus précisément p. 7-8).

¹¹⁴⁹ « *Procedural legitimacy implies that the agencies are created by democratically enacted statutes which define the agencies' legal authority and objectives; that the regulators are appointed by elected officials; that agency decision-making follows well-defined procedures, which typically define the rights that various interests have to participate directly in the decision-making process; that agency decisions must be justified, and especially that they are open to judicial review, and are adequately monitored by the political principals* », MAJONE G., « *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards* », précité, p. 20 (nous soulignons).

¹¹⁵⁰ « *transparency and public accountability* », idem, p. 21.

¹¹⁵¹ « *The legitimacy of non-majoritarian institutions depends also on their capacity to engender and maintain the belief that they are the most appropriate ones for the functions entrusted to them* », idem, p. 22.

¹¹⁵² « *First, objectives must be clearly specified: ambiguous or multiple objectives make it difficult to assign precise responsibilities. Second, the outcomes of the agent's decisions must be objectively measurable to avoid that the evaluation itself be too discretionary and possibly unfair. When these two conditions are met, accountability by results is a powerful tool in the hands of political principals to control the discretion of their administrative agents* », idem, p. 23 (nous soulignons).

réelle responsabilité. Ce modèle a une filiation naturelle, ne serait-ce que par le vocabulaire utilisé, avec la théorie issue de la science politique du principal et de l'agent¹¹⁵³. Selon cette école, la légitimité d'une institution indépendante, ou non-majoritaire¹¹⁵⁴ passe par un mécanisme où les gouvernements qui jouent le rôle de « principaux » vont déléguer une tâche à une autorité indépendante qui sera leur « agent »¹¹⁵⁵. L'enjeu sera pour le principal de ne pas perdre le contrôle de son agent. P. Magnette propose six facteurs. Trois viennent limiter l'indépendance de l'agent : les modalités de leur nomination, la définition du mandat et la valeur juridique de son statut. Trois autres viennent garantir la responsabilité de l'agent : son obligation de consulter les parties prenantes ou le principal, une obligation d'expliquer son comportement – notamment par la transparence – et un contrôle juridictionnel et financier¹¹⁵⁶. Cependant, cette approche détonne et se rapproche plus de la perspective délibérative abordée au paragraphe suivant. Enfin, F. Scharpf oppose la responsabilité par les *inputs* et la responsabilité par les *outputs* qui se résument dans l'opposition classique du gouvernement par le peuple et pour le peuple mais aussi entre l'entrée du système et sa sortie¹¹⁵⁷.

Il est possible de regrouper l'ensemble de ces théories dans une opposition simple entre, ce que nous appelons, la légitimité en amont et la légitimité en aval. Pour reprendre l'expression d'E. Morin, « *la démocratie est la régénération continue d'une boucle rétroactive* »¹¹⁵⁸. La démocratie lie les citoyens et les institutions dans un processus dialectique constant. En amont, les citoyens – dans leurs rôles de constituant et d'électeur – participent de l'établissement de ceux qui les gouvernent. En aval, les gouvernants rendent des comptes aux électeurs. Dans le modèle de Westminster les deux étapes du processus sont continues et virtuellement indiscernables puisque l'élection regroupe les deux phases où les gouvernants sont à la fois jugés et désignés. La création d'institutions non-majoritaires conduit à la disjonction de ces deux phases comme les approches précédentes le démontrent. Il faut alors des mécanismes capables de recréer cette « boucle de légitimation démocratique ». La

¹¹⁵³ Voir les parties soulignées dans les notes précédentes.

¹¹⁵⁴ On retrouve ici le même vocabulaire que celui utilisé par le Professeur Majone, voir THATCHER M., « Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe » in GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, pp. 47-66. L'auteur parle de « *delegation to non-majoritarian institutions such as IRA's* {Independent Regulatory Agencies} », p. 48.

¹¹⁵⁵ Cette théorie joue un rôle central dans l'ouvrage, déjà cité : GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, 280 p.. Voir notamment : *bidem*, MAGNETTE P., « The politics of Regulation in the European Union », précité, CURTIN D., « Delegation to EU Non-majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability », précité, (voir pp. 91-92 pour une définition des termes de délégation, principal et agent).

¹¹⁵⁶ Voir MAGNETTE P., « The politics of Regulation in the European Union », précité, pp. 14-15.

¹¹⁵⁷ « *Il est cependant possible de distinguer, dans l'histoire de la théorie politique normative, deux perspectives distinctes et complémentaires : l'une met l'accent sur la légitimité à l'entrée du système (input-oriented), l'autre sur les résultats du système (output-oriented). La pensée démocratique, lorsqu'elle s'attache à l'analyse des inputs, met ainsi en exergue "le gouvernement par le peuple", les choix politiques étant considérés comme légitimes pour autant qu'ils reflètent la "volonté du peuple" (...). En revanche, raisonner par rapport aux outputs suppose de mettre en exergue "le gouvernement pour le peuple" »*, SCHARPF F., *Gouverner l'Europe*, Presses de Science Po, Paris, 2000, 238 p., ici pp. 15-16.

¹¹⁵⁸ E. MORIN, *La Méthode*, précité, p. 2090. Nous reprenons ici seulement l'expression qu'E. Morin utilise dans un autre sens qui sera explicité plus loin.

première partie de la boucle correspond à la légitimité en amont. Il s'agit de mécanismes d'établissement et de désignation des pouvoirs selon des procédures démocratiques. La notion recouvre la légitimité par les *inputs*, une partie de la *procedural legitimacy*, la limitation de l'indépendance des « agents » par les « principaux ». La légitimité en aval se confond, dans le cas des organes indépendants, avec leur responsabilité par des mécanismes donnant aux citoyens la capacité de juger l'action d'institutions indépendantes. Théoriquement, elle rassemble la légitimité par les *outputs*, la *substantive legitimacy* et la réédition des comptes aux « principaux » par leurs « agents ». Les spécificités de ces deux versants seront explorées au cours du raisonnement.

D'un point de vue théorique, la BCE dispose de mécanismes de légitimité en amont comme en aval mais qui ne convainquent pas (§1). Ces approches passent à côté du problème central : celui de la bureaucratisation qui fait perdre aux citoyens le fil de l'exercice du pouvoir. Il faut alors repenser les mécanismes de légitimité en amont comme en aval afin d'intégrer la BCE et les citoyens dans une « boucle de légitimation démocratique » (§2).

§.1 - Les voies possibles de la légitimité de la BCE

Tous les modèles proposés afin de renforcer la légitimité de l'Union européenne partent du constat de la croissance du pouvoir de l'administration et du caractère bureaucratique de l'Union européenne¹¹⁵⁹. Ils peuvent, en cela, s'appliquer à la BCE. La doctrine spécialisée sur la question s'est d'ailleurs explicitement inspirée de certains de ces modèles. Il est alors possible de tester leur effectivité. Une analyse détaillée montre cependant que sa légitimité en amont est faible (A) et que les voies proposées pour sa légitimité en aval sont discutables (B).

A. *L'absence de légitimité en amont*

La légitimité en amont est celle qui garantit l'institution démocratique du pouvoir. Il s'agit, pour reprendre la formule de F. Scharpf, de « *la découverte de justifications pour le pouvoir majoritaire* »¹¹⁶⁰. On distingue alors, dans le cas des autorités non-majoritaires, leur création (1) et la désignation de leurs membres (2) par des autorités représentatives.

1) L'adoption des traités : base douteuse de la légitimité démocratique de la BCE

Lorsque la BCE ou ses membres s'expriment sur sa légitimité démocratique, ils mettent systématiquement en avant les traités. Ayant pour base légale un texte adopté démocratiquement dans tous les États membres, que ce soit par référendum ou par le biais des Parlements, la BCE hérite de cette base démocratique. Bien que logique, ce raisonnement ne saurait conférer une réelle légitimité à la BCE, la légitimité allant au-delà d'un moment fondateur, se pratiquant beaucoup plus sur la durée. D'autant que cette vision idéalise

¹¹⁵⁹ Voir les contributions citées au Chapitre précédent de G. Majone ; DEHOUSSE R., « Les institutions européennes en quête de légitimité : nécessité d'une approche privilégiant la procédure », précité, p. 190-195 (le paragraphe s'intitule « *L'expansion du pouvoir de l'administration* ») ; SCHARPF F., *Gouverner l'Europe*, précité, pp. 23-24.

¹¹⁶⁰ SCHARPF F., *Gouverner l'Europe*, précité, p. 17.

l'impact de l'adoption d'un traité. L'opposition de ces deux thèses reflète un débat doctrinal plus profond centré sur l'(in)existence d'un *demos* européen où s'affrontent les tenants d'une légitimité issue des Parlements nationaux et ceux voyant, notamment, dans la citoyenneté européenne et le Parlement européen un processus permettant l'émergence d'un *demos* européen.

Pour la BCE, elle jouit d'une « *légitimité "par essence"* » dérivant de son établissement « *par un traité international signé et ratifié par tous les États membres, conformément à leurs impératifs constitutionnels* »¹¹⁶¹. Cela constituerait « *une décision souveraine des peuples européens (à travers leurs représentants élus)* »¹¹⁶². La même vision est défendue par O. Issing qui estime, à propos des traités que « *la délégation de la politique monétaire à la BCE est dotée d'une totale légitimité démocratique* »¹¹⁶³. Il rajoute que « *ce lien de légitimité est un aspect crucial des fondations institutionnelles saines de la politique monétaire* »¹¹⁶⁴.

C. Zilioli emprunte le même raisonnement. Pour commencer, elle estime que la base juridique est une « *source de légitimité* »¹¹⁶⁵. Ainsi, avec le traité de Maastricht, la BCE a « *reçu un profond et solide degré de légitimité démocratique* »¹¹⁶⁶. Cette vision n'a pas été réellement reprise par la doctrine, voire a été critiquée¹¹⁶⁷. Ainsi, l'établissement détaillé par le traité de la BCE ne serait pas un gage de légitimité démocratique. Pour R-M Lastra, c'est au contraire la « *vie* » de l'institution qui lui permet d'asseoir sa légitimité démocratique et non le caractère démocratique de sa « *création* »¹¹⁶⁸. P. Magnette va plus loin. Il estime que le raisonnement suivi par la BCE est beaucoup trop formel. Sa création par un traité en fait une institution légale mais pas légitime¹¹⁶⁹. Comme il le rappelle, la ratification du traité de Maastricht n'a pas vu naître un réel consensus autour de l'indépendance de la BCE, le processus de ratification ayant obligé à choisir le traité en bloc, sans prouver une adhésion à

¹¹⁶¹ BCE, « La responsabilité de la BCE », précité, p. 46.

¹¹⁶² Ibidem.

¹¹⁶³ « *The Treaty was ratified by the parliaments and governments of all Member States of the European Union and in some cases endorsed by referendum. Thus the delegation of European monetary policy to the ECB is endowed with full democratic legitimacy* », ISSING O., « Should we have faith in central bank », précité.

¹¹⁶⁴ « *This bond of legitimacy is a crucial aspect of sound institutional foundations for monetary policy* », *ibidem*.

¹¹⁶⁵ « *source of legitimacy* », ZILIOLI C., « Accountability and Independence: Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank », précité, p. 401.

¹¹⁶⁶ « *The ECB has been established by means of the Maastricht Treaty of 1992 – an international treaty concluded by fifteen national governments, ratified by fifteen national parliaments and, in some cases, endorsed by a popular referendum – and has thereby received a profound and robust degree of democratic legitimacy* », *idem*, p. 407.

¹¹⁶⁷ Pour un résumé de ces critiques, voir, DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, précité, pp. 253-255.

¹¹⁶⁸ « *It is also argued that the existence of the ESCB would be democratic, legitimate and accountable once the Maastricht Treaty has been approved by the Member States and ratified by their national parliaments. In my opinion, however, accountability cannot be guaranteed by the fact that the initial stage of its creation is democratic. It is in its continuing operations and policies, in the "life" of the ESCB, that the System must be subject to democratic control* », LASTRA R.M., « The institutional dimension of Central Bank independence », précité, p. 28.

¹¹⁶⁹ « *Arguing that the ECB is legitimate because its statute was defined in a treaty which has been ratified by all member states is a fairly formal reasoning. True, this makes it a legal institution, but legally does not produce legitimacy on its own* », MAGNETTE P., « Towards 'Accountable Independence'? Parliamentary Controls of the European Central Bank and the Rise of a New Democratic Model », précité, p. 331.

l'ensemble de ses dispositions. De plus, le peuple n'a que rarement été consulté directement¹¹⁷⁰. Il ressort alors que, selon les mots de B. Dutzler, « *un établissement cohérent avec les principes démocratiques ne garantit pas une exécution démocratique des tâches déléguées* »¹¹⁷¹.

La thèse défendue par la BCE est à rapprocher des théories allemandes sur l'absence de *demos* européen et le rôle central joué par les Parlements nationaux. Selon cette approche, ce sont ces derniers qui confèrent, notamment par le biais de la ratification des traités, à l'Union sa légitimité démocratique. P. Pescatore faisait déjà ce jugement en 1974 mais n'évoquait que « *la légitimité de la création des Communautés* »¹¹⁷². Ainsi, F. Scharpf conteste l'existence même d'un peuple européen – du fait d'une trop grande « *diversité historique, linguistique, culturelle, ethnique et institutionnelle des États membres* » – et ainsi la capacité de l'Union à réduire son déficit démocratique par ce biais¹¹⁷³. Elle doit alors continuer à s'appuyer sur les gouvernements nationaux. Le même raisonnement est suivi par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt relatif au traité de Maastricht¹¹⁷⁴. Pour la Cour, il n'y a pas de peuple européen. Au contraire, l'UE « *est une association d'États démocratiques* »¹¹⁷⁵. Ainsi, « *La légitimation démocratique incombe d'abord aux peuples étatiques des États membres par l'intermédiaire des Parlements nationaux* » car « *L'exercice de la puissance publique par une association d'États (...) est fondée sur des autorisations d'États demeurant souverains* »¹¹⁷⁶.

Une telle réflexion se prolonge dans les considérations de l'existence, ou non, d'un peuple – d'un *demos* – européen. Dans la conception qu'en donne le J. Weiler¹¹⁷⁷, le peuple européen n'existe pas. En revanche, se constituent deux types de *demos* : les *demoi* nationaux basés sur des facteurs subjectifs (tels que les valeurs, l'histoire, la culture, etc.) et le *demos* européen. Ce dernier est de nature procédurale et passe par la reconnaissance du principe qu'une

¹¹⁷⁰ « *Everybody knows that the ratification of the Maastricht Treaty was a take-it-or-leave-it process that gave rise to harsh discussion, notably because it foresaw an independent and supranational central bank. The consent given by 'sovereign peoples' was a very indirect one: firstly because they were rarely directly invited to adopt or reject the treaty; secondly, because they had to accept or refuse the whole treaty even if they agreed or disagreed only with parts of it* », *ibidem*.

¹¹⁷¹ « *establishment consistent with democratic principles cannot guarantee a democratic execution of delegated tasks* », DUTZLER B., *The European System of Central Banks: An Autonomous Actor? – The Quest for an Institutional Balance in EMU*, précité, p. 255.

¹¹⁷² PESCATORE P., « Les exigences de la démocratie et de la légitimité de la Communauté européenne », précité, p. 508 : « *Je ne crois pas que l'on puisse contester la légitimité de la création des Communautés. Elles trouvent leur origine dans des traités internationaux négociés par des gouvernements en pleine possession de leur légitimation démocratique, solennellement approuvée en conformité des dispositions constitutionnelles des différents États* ».

¹¹⁷³ SCHARPF F., *Gouverner l'Europe*, précité, p. 18 voir plus largement pp. 18-20.

¹¹⁷⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt de la deuxième chambre du 12 octobre 1993 relatif à la constitutionnalité du traité de Maastricht (traduction de Constance Grewe : *RUDH*, 1993, pp. 286-292).

¹¹⁷⁵ *Idem*, p. 289.

¹¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷⁷ Voir WEILER J.H.H., HALTERN U. & MAYER F., « European Democracy and its Critique Five Uneasy Pieces », *EUI Working Papers*, RSC n° 95/11 et WEILER J., « To be a european citizen : Eros and civilization » in WEILER J., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 324-357. Leur conclusion est reprise par CRAIG P.P., « Democracy and Rule-making within the EC: An Empirical and Normative Assessment », précité, pp. 128-129.

décision peut être légitime sans être prise par un peuple. Les traités doivent alors être regardés comme un « *contrat social* »¹¹⁷⁸.

Dans cette vision, les traités ne peuvent être la base de la légitimité démocratique de la BCE puisqu'ils ne sont que la première pierre vers la démocratisation de l'Union. En particulier le traité de Maastricht qui, en donnant naissance à la citoyenneté européenne, cherche à renforcer les bases d'un *demos* européen. La citoyenneté européenne n'est que le début du processus de formation de ce *demos*¹¹⁷⁹. Pour l'auteur : « *l'impulsion civilisationnelle serait, certainement, gâchée si au sein du processus décisionnel communautaire, les individus étaient totalement perdus, et au lieu d'un processus délibératif autour aplanissant les différences nous avons une subordination bureaucratique* »¹¹⁸⁰.

Une telle position est à rapprocher de celle défendue par C. Castor. L'auteur reprend la théorie de l'organe de Raymond Carré de Malberg, selon laquelle l'unité des représentés – du peuple – se fait grâce à la constitution de leurs représentants en un organe unique¹¹⁸¹. Ainsi, « *l'unité n'est pas préexistante, elle est bien créée par la représentation* »¹¹⁸². Or, cette unité doit être sans cesse renouvelée par le biais de l'élection du Parlement européen et surtout par la création d'un espace public à l'échelle européenne¹¹⁸³. Selon nous, c'est ainsi qu'il faut aborder la question de l'identité et de la citoyenneté. Elle se construit par le processus. Comme le dit E. Morin : « *les citoyens produisent la démocratie qui produit les citoyens* »¹¹⁸⁴. La présence des statuts de la BCE dans les traités et leur adoption par les Parlements nationaux n'aurait pas pour effet de légitimer démocratiquement – une fois pour toute – l'institution ainsi créée, mais de faire perdre à ces dispositions la possibilité de s'ancrer dans le processus – constamment en mouvement – de légitimation de l'Union européenne. Ce n'est là que le premier élément qui constitue le déficit démocratique de la BCE.

2) Le déficit démocratique de la BCE dans sa construction institutionnelle

La légitimité de la BCE peut aussi passer par sa capacité à représenter le peuple. Les Banques centrales ne sauraient échapper à cette exigence, qui doit couvrir toute l'étendue des activités

¹¹⁷⁸ « *the acceptance by its members that in a range of areas of public life, one will accept the legitimacy and authority of decisions adopted by fellow European citizens in the realization that in these areas preference is given to choices made by the out-reaching, non organic demos, rather than the in-reaching one. The Treaties on this reading would have to be seen not only as an agreement among states (a Union of States) but as a "social contract" among the nationals of those states – ratified in accordance with the constitutional requirements in all Member States – that they will in the areas covered by the Treaty regard themselves as associating as citizens in a broader society* », *idem*, p. 346.

¹¹⁷⁹ « *we have seen that our construct of European citizenship was also seen as having a particular supranational, educational, civilizing function, by submitting certain aspects of our national autonomy to a community which in significant aspects is a community of 'others'* », *idem*, p. 348.

¹¹⁸⁰ « *the civilizing impulse would, surely, be lost if in the Community decisional process, the individual became totally lost, and instead of a deliberative engagement across differences we had bureaucratic subordination* », *ibidem*.

¹¹⁸¹ CASTOR C., *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, précité, pp. 194-199.

¹¹⁸² *Idem*, p. 199.

¹¹⁸³ Voir *infra*, §2.

¹¹⁸⁴ C'est à ce propos que l'auteur évoquait la démocratie comme une « *boucle rétroactive* », MORIN E., *La Méthode*, précité, p. 2090.

de l'Etat¹¹⁸⁵. Il faut ici reprendre les travaux d'E-W Böckenförde qui propose alors trois formes différentes de légitimation démocratique. Leur étude précèdera une application des ces préceptes au cas de la BCE.

Le premier type est la « *légitimation démocratique fonctionnelle et institutionnelle* »¹¹⁸⁶. Celle-ci peut précéder les autres types de légitimation mais sans les remplacer. Elle dérive du texte constitutionnel et ne se rapporte « *qu'aux fonctions et à leurs organes* » et ne saurait remplacer « *la légitimation concrète des personnes concernées (...) et de leur action dans les domaines qui leur sont assignés* »¹¹⁸⁷. La « *légitimation démocratique organisationnelle-personnelle* » vient la compléter. Elle a pour but de créer une « *chaîne de légitimation* »¹¹⁸⁸, souvent indirecte mais ininterrompue, qui remonte au peuple. Dans le cas des organes collégiaux, l'auteur estime suffisant qu'un « *nombre assez important de membres (...) disposent d'une légitimation démocratique* »¹¹⁸⁹. Enfin intervient la « *légitimation objective-matérielle* » qui a trait au « *contenu* » de l'activité de l'État qui « *dérive de la volonté populaire ou, à tout le moins, qu'il existe une médiation entre cette volonté et le contenu des décisions* »¹¹⁹⁰. Cette médiation se fait par le truchement de la loi, adoptée par le Parlement qui sera *in fine* responsable devant le peuple à l'issu de son mandat. La notion cruciale ici est celle de sanction. Celle aux mains du peuple contre le Parlement. Mais, l'auteur s'intéresse aussi aux cas de l'administration, notamment lorsqu'elle dispose d'un « *pouvoir discrétionnaire* »¹¹⁹¹. Il estime que « *dans ce cas la responsabilité et la soumission au pouvoir d'instruction est indispensable pour établir une légitimation démocratique objective-matérielle* »¹¹⁹². Les deux derniers types évoqués peuvent se compléter et la faiblesse de l'un peut être complétée par l'autre¹¹⁹³.

Confrontée à ces trois idéaux-types, la légitimité de la BCE peut être remise en cause. Evidemment, comme elle le proclame elle-même, elle dispose du premier type de légitimité du fait de son établissement par le traité. Mais, comme l'affirme E.-W. Böckenförde, celle-ci ne saurait suffire. La légitimation démocratique organisationnelle-personnelle de la BCE fait débat. Pour ne s'en tenir qu'aux membres du directoire, leur nomination se fait par le Conseil européen, après proposition du Conseil et consultation de Parlement européen et du conseil des gouverneurs. Il est certain que le Conseil européen dispose d'une légitimité démocratique, étant composé des chefs d'État ou de gouvernement de l'Union. Cela leur confère une

¹¹⁸⁵ « *La légitimation démocratique n'est pas une nécessité pour une partie seule de l'activité de l'Etat, mais bien pour celle-ci dans son ensemble* », BÖCKENFÖRDE E.-W., *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, précité, p. 279.

¹¹⁸⁶ *Idem*, p. 280.

¹¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸⁸ *Idem*, p. 280 et 281.

¹¹⁸⁹ *Idem*, p. 281.

¹¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹¹⁹¹ *Idem*, p. 282.

¹¹⁹² *Ibidem*.

¹¹⁹³ Voir *idem*, p. 282-283.

« légitimité *politique au niveau le plus élevé* »¹¹⁹⁴ mais pas réellement une légitimité démocratique. Celle-ci pourrait être acquise grâce au Parlement européen. Or, il n'a formellement qu'un pouvoir consultatif qui ne saurait lier le Conseil européen. Cependant, il prend sa tâche très au sérieux. L'article 109 de son règlement intérieur¹¹⁹⁵ encadre les modalités avec lesquelles le Parlement va donner son avis, si bien que Paul Magnette évoque l'idée d'une « *co-investiture* » et constate qu'en la matière il existe une « *tradition bien établie* »¹¹⁹⁶.

Le candidat devra faire une déclaration devant la commission économique et monétaire. Dans les faits, il doit remplir un questionnaire portant sur quatre points : ses informations personnelles et professionnelles, la politique économique et monétaire, la BCE et son contrôle démocratique¹¹⁹⁷. La commission devra alors adresser à l'assemblée une recommandation. Dans le cas où elle rendrait un avis négatif, le Président du Parlement devra demander à celui du Conseil de retirer sa proposition. Le cas ne s'est jamais présenté et, d'après P. Magnette, « *les parlementaires ont fait preuve de moins d'intransigeance* »¹¹⁹⁸. Il faut cependant se souvenir que lors de la nomination de W. Duisenberg, le Parlement européen s'était opposé aux pressions françaises visant à s'assurer qu'il ne ferait que la moitié de son mandat puis laisserait sa place à J.-C. Trichet. Il a cependant donné un avis favorable après avoir été rassuré par l'intéressé qui a annoncé qu'il prendrait seul la décision de son départ. Ce qui ne l'a pas empêché de partir après cinq ans... Les efforts des parlementaires ont été payants comme le précise F. Martucci : « *son poids politique est d'autant moins négligeable que les députés européens prennent leur rôle très au sérieux* »¹¹⁹⁹. La conclusion sur la légitimation démocratique organisationnelle-personnelle est mitigée. Formellement nommés par le Conseil européen après avoir été scrupuleusement auditionnés par le Parlement, les membres du directoire s'inscrivent dans une « *chaîne de légitimation* ». Cette dernière mériterait cependant d'être plus directe, par la reconnaissance formelle de la co-investiture par le Parlement européen.

En revanche, la légitimation objective-matérielle de la BCE est nulle. Par principe, celle-ci ne peut exister. Contrairement à certaines autres banques centrales, la BCE est totalement isolée de tous pouvoirs d'instruction ou de sanction, soit de la part du Parlement soit de la part du Conseil. La fin de la section précédente a montré que cela pesait sur l'efficacité du dialogue monétaire. Ce dernier a cependant le mérite d'exister, même si, selon la conception d'E.-W. Böckenförde, il ne permet pas l'établissement du dernier type de légitimité.

¹¹⁹⁴ LOUIS J.-V., « Indépendance des Banques centrales, séparation des pouvoirs et démocratie », précité, p. 467.

¹¹⁹⁵ Règlement intérieur du Parlement européen, 7^{ème} législature, précité.

¹¹⁹⁶ MAGNETTE P., « Quis custodes custodiet ? La Banque centrale européenne entre indépendance et responsabilité », précité, p. 14.

¹¹⁹⁷ Voir MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, p. 340.

¹¹⁹⁸ MAGNETTE P., « Quis custodes custodiet ? La Banque centrale européenne entre indépendance et responsabilité », précité, p. 14.

¹¹⁹⁹ MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, p. 340.

A la lecture des statuts, il apparaît alors que « *la BCE accuse un "très net" déficit démocratique* »¹²⁰⁰. Après plus de dix ans d'existence, ce constat doit être relativisé. Le travail effectué par le Parlement européen a permis une résorption de ce déficit mais pas sa disparition. La BCE reste aujourd'hui handicapée par son indépendance stricte qui empêche toute intervention du Parlement comme du Conseil, pas même sur ses statuts. La légitimité en amont de la BCE est alors faible. Sa conception même de la légitimité en aval ne permet pas de réduire ce déficit.

B. La légitimité en aval par les résultats mise en avant par la BCE

La légitimité en aval a, on le verra, de multiples facettes. Seule l'une d'entre elles a été défendue par la BCE : « *responsabilité par les résultats* » ou les *outputs* selon F. Scharpf, qui insiste d'ailleurs sur le fait qu'elle s'applique particulièrement bien à la matière monétaire. Cette proximité est logique et un lien de filiation naturelle se dégage entre les origines de la légitimité par les résultats et la reprise par la BCE de ce discours (1). Cependant, il importe de saisir les limites, voire les dangers, d'une telle démarche (2).

1) Légitimité par les résultats : fondements théoriques et rhétorique de la BCE

La légitimité par les résultats est une conséquence logique de l'approche poursuivie par le traité. Celui-ci assignant à la BCE un objectif précis, en le remplissant, elle pourrait acquérir une légitimité supplémentaire. Un tel raisonnement s'inscrit dans la suite logique de l'approche par la constitution économique, même s'il a été développé au-delà. La BCE n'a pas manqué de reprendre l'idée et d'en faire le fondement principal par lequel elle souhaite acquérir sa légitimité.

C'est d'ailleurs principalement sur ce fondement que P. Pescatore fondait la légitimité des Communautés. Il oppose la légitimité « *purement formelle* »¹²⁰¹, basée sur le « *titre démocratique* »¹²⁰², à la « *légitimité matérielle* » qui « *dérive de l'accomplissement convenable des fonctions mêmes du pouvoir public* »¹²⁰³. Constatant le déficit démocratique sous l'angle de la première, il conclut que « *C'est de là, du fait qu'il répond effectivement et qu'il est seul capable de répondre à un ensemble de besoins vitaux des peuples réunis dans la Communauté, que le système communautaire a acquis dans son fondement journalier, une légitimité matérielle qui supplée, à tout le moins provisoirement, au déficit démocratique de son système législatif* »¹²⁰⁴

De manière plus théorique, la légitimité par les *outputs* est issue majoritairement de la doctrine allemande. Cela ne saurait être surprenant, elle s'intègre parfaitement dans la logique

¹²⁰⁰ ELGIE R., « Responsabilité démocratique et indépendance de la Banque centrale : la Banque centrale européenne dans une perspective historique et comparative », *RFAP*, 1999, n° 92, pp. 635-649 (ici p. 647). Voir aussi, pour une analyse comparée des statuts de la BCE par rapport à d'autres Banques centrales : de HAAN J. & GORMLEY L., « The democratic deficit of the European Central Bank », précité.

¹²⁰¹ PESCATORE P., « Les exigences de la démocratie et de la légitimité de la Communauté européenne », précité, p. 507.

¹²⁰² *Idem*, p. 506.

¹²⁰³ *Idem*, p. 507.

¹²⁰⁴ *Idem*, p. 511.

à l'œuvre dans ce pays depuis la fin de la seconde guerre mondiale résumée par M. Foucaud pour qui « *Dans l'Allemagne contemporaine (...) l'économie produit de la légitimité pour l'État qui en est le garant* »¹²⁰⁵. Une telle perspective est cohérente avec les bases théoriques justifiant l'indépendance de certaines autorités. Mises en place en raison de leur capacité accrue à gérer des problèmes complexes, c'est ainsi le « *souci d'efficacité, c'est-à-dire la maximisation du bien être global* » qui « *peut justifier l'indépendance politique des autorités administratives* »¹²⁰⁶.

C'est F. Scharpf qui a le plus théorisé ce type de légitimité. Pour lui, il faut se tourner vers « *les résultats du système* » où « *les choix politiques sont légitimes à condition de favoriser effectivement le bien être de la communauté* »¹²⁰⁷. Ce type de légitimité aurait un avantage indéniable, celui de ne pas nécessiter une identité collective puisqu'il suffit « *qu'un public perçoive l'existence d'une gamme d'intérêts communs* »¹²⁰⁸. Cette légitimité repose sur des « *mécanismes institutionnels* »¹²⁰⁹ parmi lesquels l'« *expertise indépendante* »¹²¹⁰ a une place privilégiée. F. Scharpf légitime son utilisation par trois arguments familiers : le caractère « *impropre* » des « *mécanismes de responsabilité électorale* »¹²¹¹, la complexité qui nécessite l'utilisation d'experts contrôlés par le biais de la « *critique par leurs pairs* »¹²¹² et enfin la capacité pour les « *titulaires de charges publiques soumis à une responsabilité électorale de passer outre l'avis des experts* »¹²¹³. Les seuls résultats ne suffisent pas à garantir la légitimité par les *outputs*, elle doit aussi passer par des mécanismes institutionnels de responsabilité. Cependant, telle que conçue par la BCE et la doctrine qui lui est proche, la délivrance effective de la stabilité des prix par la BCE assure seule sa légitimité.

C'est certainement O. Issing, premier membre allemand du directoire de la BCE, qui a défendu le plus ardemment cette approche. Selon lui, la légitimité de la Banque centrale passe uniquement par sa capacité à défendre la stabilité des prix. Cependant, ni lui, ni la BCE dans ses publications officielles, n'évoque l'idée de légitimité. La BCE utilise celle de responsabilité et Issing celle de foi ou de croyance (« *faith* »). Ces notions sont intimement liées à celle de légitimité, la responsabilité est la base permettant de faire naître une croyance en l'institution que le public pourra alors percevoir comme légitime. La base de la légitimité par les *outputs* est un intérêt commun. Pour O. Issing, la stabilité des prix doit en être un : « *Si*

¹²⁰⁵ FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, précité, pp. 85-86.

¹²⁰⁶ MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, précité, p. 138.

¹²⁰⁷ SCHARPF F., *Gouverner l'Europe*, précité, p. 16. Voir aussi, SCHARPF F., « Essai sur la démocratie dans les systèmes de négociation » in TELO M., *Démocratie et construction européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, pp. 145-169 (notamment pp. 147-148) et « Monetary Union, Fiscal Crises and the Preemption of Democracy », *MPIfG Discussion Paper*, n° 11/11.

¹²⁰⁸ *Idem*, p. 20. L'auteur précise ensuite que « *En principe du moins, la légitimité par les outputs tolère en effet sans difficulté la coexistence de multiples identités collectives, qui s'emboîtent les unes dans les autres ou se chevauchent, identités définies par des catégories spécifiques de problèmes à résoudre et organisées en fonction de critères territoriaux ou fonctionnels* » (p. 21).

¹²⁰⁹ *Idem*, p. 22.

¹²¹⁰ *Idem*, p. 24.

¹²¹¹ *Idem*, p. 25.

¹²¹² *Ibidem*.

¹²¹³ *Ibidem*.

la stabilité des prix est vue comme un bien commun pour le bénéfice de tous et si elle est vue comme une condition préalable pour la prospérité à long terme et la justice sociale, il est alors logique pour la société de créer une institution indépendante qui se situe au dessus de la mêlée de la politique quotidienne et peut poursuivre son objectif avec un minimum de dérangement »¹²¹⁴. Il est alors nécessaire d'avoir un « *consensus large sur la nature "quasi-constitutionnelle" de la stabilité des prix* »¹²¹⁵. Au sein de l'Union européenne, la stabilité des prix jouit d'un statut constitutionnel¹²¹⁶.

Il est cependant dangereux de postuler, comme le fait O. Issing, l'existence d'un consensus sur la stabilité des prix. Acquis en Allemagne après les années d'inflation connues avant la seconde guerre mondiale, rien n'indique que ce dernier est partagé dans l'Europe entière. Pour l'auteur, la poursuite de la stabilité des prix doit être la seule tâche qu'exerce une Banque centrale¹²¹⁷ et c'est sur ce seul critère qu'elle doit être évaluée afin de faire naître, dans l'esprit du public, une foi en la Banque centrale et donc en la monnaie. « *Précisément parce que la BCE s'est vue assigner une tâche précise et limitée, il est démocratiquement légitime et économiquement raisonnable de lui accorder une indépendance par rapport au processus politique quotidien. Et au bout du compte, précisément pour cette raison, sa responsabilité peut et doit être basée essentiellement, si ce n'est exclusivement, sur son bilan observable dans la poursuite de son mandat* »¹²¹⁸.

La BCE, ainsi que T. Padoa-Schioppa, suivent un raisonnement similaire articulé autour de plusieurs questions sur la responsabilité de la BCE : responsable de quoi, devant qui et comment¹²¹⁹ ? Les deux premières questions ont été étudiées à la section précédente : la responsabilité se fait devant le peuple, par le biais notamment du Parlement européen, grâce à la transparence. Enfin, sur la dernière question, « *la réponse simple est que la BCE doit être responsable de s'acquitter de son mandat* »¹²²⁰.

Enfin, dans un contexte plus juridique, le même type de raisonnement est repris par la Cour constitutionnelle allemande dans son arrêt précité sur le traité de Maastricht. Pour elle,

¹²¹⁴ « *If stable money is regarded as a common good for the benefit of all and if it is seen as a precondition for long-term prosperity and social justice then it makes sense for society to create an independent institution that stands above the fray of day-to-day politics and can pursue this objective with minimum distraction* », ISSING O., « *Should we have faith in central bank* », précité.

¹²¹⁵ « *a broad consensus on the "quasi-constitutional" nature of the common good of price stability* », *ibidem*.

¹²¹⁶ Voir Chapitre 1 de Titre 1 de la première partie.

¹²¹⁷ « *To my mind independent central banks fulfil an important function for the benefit of society. Their job is to maintain price stability, maintain trust and confidence in the currency* », ISSING O., « *Should we have faith in central bank* », précité.

¹²¹⁸ ISSING O., « *The Eurosystem: Transparent and Accountable or 'Willem in Euroland'* », précité, « *Precisely because the ECB has been assigned a clear and narrow task, it is democratically legitimate and economically sensible to grant it independence from the regular political process. And ultimately, precisely for this reason, its accountability can and should be based, if not exclusively, on its observable records in fulfilling its mandates* », p. 517.

¹²¹⁹ Voir, BCE, « *La responsabilité de la BCE* », précité, pp. 48-52 et PADOA-SCHIOPPA T., « *An institutional glossary of the Eurosystem* », précité.

¹²²⁰ « *The simple answer is that the Eurosystem should be held accountable for the fulfilment of its mandate. In this context, the maintenance of price stability* », PADOA-SCHIOPPA T., « *An institutional glossary of the Eurosystem* », précité voir aussi BCE, « *La responsabilité de la BCE* », p. 50-51.

l'Union monétaire est une « *communauté de stabilité* » et s'il ne réussit pas à garantir cette stabilité, elle perd son fondement conventionnel¹²²¹.

C. Zilioli explore une vision similaire. Cependant, elle estime devoir forger un nouveau concept de responsabilité. Les exigences liées à la démocratie doivent être adaptées pour éviter qu'elles ne contraignent les banques centrales¹²²². D'autant que pour elle, la responsabilité n'est pas liée à la légitimité. La légitimité vient des traités et la responsabilité a uniquement pour but de vérifier que la Banque centrale remplit sa mission¹²²³. Avec une telle conception, la soumission du droit à l'économie est totale, l'auteur fondant sa conception de la responsabilité à partir de l'économie¹²²⁴. C'est à l'aune des impératifs économiques que la démocratie doit être entendue... La notion de responsabilité qu'elle fonde rejoint la théorie de la légitimité par les *outputs* : « *la notion économique de responsabilité est basée sur l'évaluation des résultats obtenus* »¹²²⁵.

Cette théorie est, par certains aspects, séduisante. Cependant, telle qu'exposée par C. Zilioli, elle ne fait que confirmer le déficit démocratique de la Banque centrale. Partant de la base que la légitimité dérive du traité, ce qui a été réfuté au paragraphe précédent, et que la responsabilité ne peut être une source de légitimité – sous peine d'être trop contraignante pour la Banque centrale – elle prive la BCE de toute légitimité. Une telle approche reste marquée des origines du dogme de l'indépendance des banques centrales qui ne prennent pas en compte les exigences démocratiques inhérentes au système juridique. Au contraire, elle les soumet aux exigences économiques. Elle a alors été critiquée.

2) Les apories, théoriques et pratiques, de la légitimité par les *outputs*

Deux types de critiques peuvent être adressées à une telle conception. Certaines sont propres à l'approche de la BCE. D'autres, plus générales, viennent contester la possibilité pour un organe technocratique de disposer d'une telle légitimité.

Willem H. Buiter, dans son article précité, s'en prend violemment à la conception qu'a la BCE de sa propre responsabilité, mais sans en questionner les fondements. Il critique ainsi le manque de transparence de la BCE qui ne serait pas à même de garantir le fonctionnement efficace de la légitimité par les *outputs*. Il le fait de manière particulièrement truculente : « *Le modèle de responsabilité de W. Duisenberg, qui insinue qu'aussi longtemps que papa ramène*

¹²²¹ Cour constitutionnelle fédérale allemande, arrêt de la deuxième chambre du 12 octobre 1993 relatif à la constitutionnalité du traité de Maastricht, précité, p. 291. La Cour rajoute : « *Au cas où l'Union monétaire se montrerait incapable de développer de manière continue la stabilité déjà réalisée au moment du passage à la troisième étape, conformément à la mission de stabilisation convenue, elle quitterait la conception conventionnelle* ».

¹²²² « *the challenge with non-majoritarian institutions is to define a comprehensive notion of accountability that, whilst extending them the received theories of democratic government, does not compress the boundaries of their action in a way that jeopardises the achievement of their objectives and is construed on the basis of central banks and governmental agencies and bodies respectively, and their ability to deliver* », idem, p. 402.

¹²²³ « *the aim of accountability is not to reconfirm the democratic legitimacy of central bank, which springs from another source, but to check the performance against the set objective* », ZILIOLI C., « *Accountability and Independence : Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank* », précité, p. 400.

¹²²⁴ « *then it is clear that accountability must be construed on the basis of an economic rationale* », idem, p. 402.

¹²²⁵ « *the economic notion of accountability is based on the assessment of results achieved* », ibidem.

du bacon, maman et les enfants ne doivent pas demander où il l'a eu, n'est pas un modèle viable de relation entre les citoyens et l'État »¹²²⁶. Une telle conception empêche le citoyen de réellement contrôler la Banque centrale, et ainsi à cette dernière d'être responsable¹²²⁷. Le paradoxe inhérent à la responsabilité démocratique de la BCE se dessine cependant. Sa responsabilité passe non seulement par sa capacité à maintenir la stabilité des prix, mais aussi par la compréhension du public de son activité afin qu'elle puisse en être responsable. D'ailleurs, Paul Magnette critique cette conception de la légitimité sur des bases similaires. Très pragmatiquement, il rappelle que ce type de légitimité ne peut s'acquérir qu'à très long terme¹²²⁸. Mais, surtout, il constate que lorsqu'une institution indépendante ne remplit pas ses objectifs, ce n'est pas sa politique qui est critiquée mais son existence. Il est donc indispensable que ce soit l'institution même qui soit crédible¹²²⁹.

Plus théoriquement, on ne peut que constater la profonde contradiction entre les deux modes de légitimation mis en avant par la BCE. Effectivement, la légitimité en aval par les résultats est l'une des composantes nécessaires de la légitimité de la BCE. Cependant, il faut bien comprendre qu'elle correspond à « *une contrainte de conformité des différents pouvoirs à l'intérêt social* »¹²³⁰ qui est ici la stabilité des prix. Or, la même école estime que les sociétés et cultures des États de la zone euro sont trop différents pour que puisse émerger un peuple européen. Il est, dans ces conditions, impossible d'imaginer un consensus autour de la stabilité des prix. Effectivement, l'expérience de l'hyperinflation allemande de l'entre-deux-guerres a conduit la stabilité des prix à s'imposer, dans ce pays, comme une « *condition essentielle* »¹²³¹ de la démocratie. C'est sans étonnement que la majorité des tenants de cette pensée soit allemande. Mais une telle expérience n'est pas partagée par tous les États de la zone euro. Il est alors impensable de baser la légitimité de la BCE sur un intérêt social qui n'est pas reconnu comme tel par l'ensemble des citoyens.

Il faut, en amont, que s'impose l'idée que la stabilité des prix est ce « *bien commun* » dont parle O. Issing. Son collègue, L. Bini Smaghi en est conscient. Il constate la différence de perception de l'importance de l'inflation entre l'Allemagne et les autres États membres et rappelle le rôle central des BCN dans la communication de la zone euro¹²³². Au-delà, on voit alors émerger la nécessité de la « boucle de légitimité ». Si, en amont, le Parlement européen disposait plus de pouvoirs permettant que soit discutés les vertus de la stabilité des prix cela permettrait d'en intégrer les bienfaits dans le corps social. Or, les traités ont imposé la lutte

¹²²⁶ « *Duisenberg's accountability model, which suggest that as long as daddy brings home the bacon, mummy and the children ought not to ask where he got it, is not viable as a modern model for the relationship between the citizen and the state* », BUITER W.H., « Alice in Euroland », précité, p. 187.

¹²²⁷ « *Openness and transparency of the state are indivisible. If one state agency, say the central bank, can deny access to information for reasons other than clear and present danger to the public interest, the citizen right to know is impaired across the board* », *ibidem*.

¹²²⁸ Voir MAGNETTE P., « Towards 'Accountable Independence'? Parliamentary Controls of the European Central Bank and the Rise of a New Democratic Model », précité, p. 332.

¹²²⁹ « *Institutions that are not trusted in themselves remain subject to the ebb and flow of circumstances they are not always able to govern* », *ibidem*.

¹²³⁰ ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, précité, p. 162.

¹²³¹ *Idem*, p. 186, voir sur ce phénomène pp. 184-190.

¹²³² BINI SMAGHI L., « The value of central bank communication », précité.

contre l'inflation comme un intérêt social supérieur mais cet unique évènement ne saurait garantir l'adhésion de l'ensemble de citoyens à un tel dogme. La BCE pourrait alors être vue comme celle qui garantit cette valeur, devenue, fondamentale pour les peuples. Il convient donc de repenser la « boucle de légitimité » sur laquelle la banque centrale entend se fonder.

§.2 - Les obstacles à la légitimité de la BCE

Ni l'Union, ni la BCE ne peuvent se reposer sur un acquis civilisationnel afin de fonder leur légitimité. Au contraire, c'est dans l'exercice des mécanismes de responsabilité que peut se fonder une telle culture. La caractère dialectique de la relation démocratie / légitimité prend ici toute sa valeur heuristique. Il convient à présent de s'interroger sur les conditions d'émergence d'une « boucle de légitimité démocratique » au sein de l'Union et plus spécifiquement dans le domaine monétaire. Elle passe par la reconnaissance du fait que seul un retour au peuple, permettant de fonder une culture populaire, est une condition nécessaire à ce processus (A). Or, la BCE est loin d'une telle prise de conscience. Au contraire, elle cherche à éviter toute possibilité de débat autour de ses activités (B).

A. *Les obstacles à la mise en place d'une véritable responsabilité de la BCE, le retour au peuple impossible ?*

La démocratie passe par un processus dialectique qui part du peuple mais aussi qui y retourne. La légitimité d'une institution passe par la connaissance de son activité par les citoyens. Or, la condition essentielle pour cela est la naissance d'un espace public où pourront être simplifiées, maîtrisées et débattues les comportements d'une autorité, même indépendante (1). Or, au niveau de l'Union comme en matière monétaire, la naissance d'un tel espace public pose des problèmes structurels difficiles à dépasser (2).

1) Le retour au peuple, condition de la légitimité de la BCE

Le modèle de Westminster est fondé, on l'a dit, sur une « boucle de légitimité démocratique » quasiment instantanée où l'élection joue, en même temps, l'amont et l'aval. Il faut pourtant revenir à ce moment crucial qu'est l'élection pour comprendre comment peut se former la légitimité d'une institution indépendante. C'est dans le processus discursif qui précède et suit l'élection que se construit la légitimité.

L'élection ne doit pas être réduite à la désignation des représentants. Au contraire, c'est dans la construction des déterminants de ce choix que la démocratie passe. Pour B. Manin, « *La démocratie représentative n'est (...) pas un régime où la collectivité s'autogouverne, mais un système où tout ce qui tient au gouvernement est soumis au jugement public* »¹²³³. Ce qui est fondamental dans l'élection n'est pas l'acte en lui-même¹²³⁴ mais sa répétition. Le pouvoir acquis par l'élection est temporaire et sera périodiquement remis en cause. C'est, pour E.-W. Böckenförde un des éléments central de la « *légitimation objective matérielle* » et qui permet la sanction par la volonté populaire¹²³⁵. Au-delà, cette incertitude a pour effet de structurer l'espace public. La représentation du peuple par les élus est, par essence, incertaine et il leur faut toujours chercher constamment à l' « *actualiser* »¹²³⁶. Pour N. Luhmann, l'élection permet de « *traduire les oppositions et régler les conflits* »¹²³⁷. En cela, elle va créer des scissions et des oppositions au sein du corps social et du corps politique¹²³⁸ et « *par la même occasion, on abandonne la prétention de donner au pouvoir gouvernemental l'autorité de la seule opinion juste. On assiste au contraire au développement d'une "opinion publique" qui selon ses humeurs favorisera tantôt les gouvernants, tantôt l'opposition* »¹²³⁹. Ainsi, c'est bien la discussion qui est le mécanisme central de la démocratie. Qu'elle ait lieu au sein du corps social ou moment de l'élection ou au sein de l'assemblée¹²⁴⁰ pendant son mandat, elle permet la création d'un espace public. C'est ce dernier qui fait l'interface, au sein de la « boucle de légitimité » entre le peuple et le pouvoir. C'est lui qui permet de faire transiter l'information du peuple aux gouvernants.

¹²³³ MANIN B., *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, Paris, 2008, 319 p., ici p. 245.

¹²³⁴ « *la fonction de la procédure électorale (...) ne réside pas exactement dans la finalité qu'on lui accorde officiellement, c'est-à-dire choisir les meilleurs représentants du peuple pour occuper les fonctions politiques* », LUHMANN N., *La légitimation par la procédure*, Cerf – Presses de l'université de Laval, Paris-Laval, 2001, 247 p., ici p. 168.

¹²³⁵ Voir, BÖCKENFÖRDE E.-W., *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, précité, p. 282. Voir aussi MANIN B., *Principes du gouvernement représentatif*, précité, pp. 223-234.

¹²³⁶ « *La représentation apparaît comme un processus (dialectique) et non pas seulement comme une simple traduction présentification (...) de quelque chose qui serait déjà achevé. Elle est engendrée par un acte des représentants qui répond à certaines exigences de contenu : intégrer dans leur action et leur activité décisionnelle – divers – intérêts et besoins, mais aussi dans le même temps, traduire et actualiser ce que les citoyens savent et ressentent de l'élément commun qui les rassemble dans l'ordre de leur vie sociale* », idem, p. 308.

¹²³⁷ LUHMANN N., *La légitimation par la procédure*, précité, p. 157.

¹²³⁸ Pour N. Luhmann, les hommes politiques : « *produisent ainsi des opposants au sein du système, qui sont en réalité des ennemis, et peuvent légitimer leur propre position dans cette différence interne sur n'importe quelle différence externe* », LUHMANN N., *Politique et complexité – Les contributions de la théorie générale des systèmes*, précité, p. 167.

¹²³⁹ *Idem*, p. 169.

¹²⁴⁰ Sur ce thème voir MANIN B., *Principes du gouvernement représentatif*, précité, pp. 234-245.

La discussion se trouve aussi au cœur de la théorie de J. Habermas¹²⁴¹. Pour lui, elle est la source de la légitimité du droit¹²⁴². Le principe démocratique, qui permet d'apporter la discussion au centre de la production normative, devient la source de sa légitimité¹²⁴³. Ainsi c'est « *une procédure d'édition du droit qui engendre sa légitimité* »¹²⁴⁴. Ces simples procédures ne suffisant pas, il faut y ajouter un espace public¹²⁴⁵. Il engendre un « *afflux d'opinion publiques informelles* » qui permet ensuite de « *former démocratiquement l'opinion publique et la volonté* »¹²⁴⁶. La conjonction des deux processus est indispensable¹²⁴⁷. La procédure est indispensable à la transformation de l'opinion publique en une décision légitime.

On décèle alors le principal obstacle à la légitimité d'organes non-majoritaires. Par définition, le processus de création d'une opinion publique est rompu. L'absence d'élection signifie *in fine* l'absence de discussion. L'exemple de l'union monétaire le montre bien. L'indépendance de la BCE et l'objectif de stabilité des prix ont été au centre de la discussion précédant la ratification populaire du traité de Maastricht en France. Le débat a été depuis clos et n'a été que sporadiquement relancé¹²⁴⁸. Il faut pourtant toujours, selon P. Rosanvallon, une « *épreuve publique de validation* » pour les autorités indépendantes¹²⁴⁹. Pour lui, cette épreuve passe à la fois par trois biais : « *les épreuves procédurales, les épreuves d'efficacité et les épreuves de contrôle* »¹²⁵⁰. Il reprend ici trois techniques déjà appréhendées : la transparence¹²⁵¹, la légitimité par les résultats¹²⁵² et la responsabilité¹²⁵³. D'autres suggèrent l'intégration plus

¹²⁴¹ « *dès lors que ce sont les forces illocutoires des actes de parole qui sont chargées de coordonner les actions, le langage lui-même se révèle être la première source d'intégration sociale. (...) Les acteurs tentent alors, dans leur rôle de locuteurs et d'auditeurs, de négocier des interprétations communes de la situation et d'accorder leurs différents plans en cherchant à s'entendre, et donc en poursuivant sans réserve des fins illocutoires* », HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 32.

¹²⁴² *Idem*, p. 44 : « *la légitimité des règles est fonction de la possibilité d'honorer leur exigence de validité normative par la discussion* »,

¹²⁴³ « *le principe démocratique doit établir une procédure d'institution légitime du droit. Ce principe dit en effet que seules peuvent prétendre à une validité légitime des lois juridiques qui sont à même, dans un processus d'institution du droit par la discussion ayant lui-même été établiE dans une perspective juridique, de trouver l'adhésion de tous les sociétaires juridiques* », *idem*, p. 126.

¹²⁴⁴ *Idem*, p. 153.

¹²⁴⁵ « *L'espace public se décrit le mieux comme un réseau permettant de communiquer des contenus et des prises de position, et donc des opinions ; les flux de la communication y sont filtrés et synthétisés de façon à se condenser en opinion publiques regroupées en fonction d'un thème spécifique* », *idem*, p. 387.

¹²⁴⁶ *Idem*, p. 333.

¹²⁴⁷ « *la politique délibérative profite du jeu combiné de la formation démocratique de la volonté et d'une formation informelle de l'opinion* », *idem*, p. 334.

¹²⁴⁸ On songe notamment à la campagne présidentielle française de 2007. Étonnamment, ces questions n'ont pas été beaucoup débattues lors du référendum sur le TECE.

¹²⁴⁹ ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique...*, précité, p. 150.

¹²⁵⁰ *Idem*, p. 153.

¹²⁵¹ « *Les épreuves procédurales (...) impliquent que les autorités de régulation ou les tiers médiateurs portent une attention sourcilleuse au respect des règles, à la rigueur des argumentations, à la transparence des procédures, à la publicité de tous leurs actes* », *ibidem*.

¹²⁵² « *Les épreuves d'efficacité (...) consistent simplement dans l'évaluation des actions et des décisions* », *idem*, p. 154.

¹²⁵³ « *Les épreuves de contrôle consistent quant à elles dans le fait de donner un caractère réflexif aux institutions d'impartialité : elles introduisent des "boucles de contrôle" qui ne laissent jamais isolés les "gardiens"* », *ibidem*.

grande du citoyen au processus administratif¹²⁵⁴. Cette ouverture de l'administration aux pratiques délibératives peut alors permettre d'être une voie nouvelle pour leur légitimité¹²⁵⁵. Mais, les matières couvertes par ces autorités sont, par essence, complexes. L'absence d'espace public se révèle alors préjudiciable empêchant une réelle appréhension de ces questions ardues.

2) Le retour au peuple délicat de la BCE

Deux obstacles majeurs rendent problématique la mise en place d'un véritable espace public autour des questions monétaires. Le premier est que l'Union européenne n'a pas réussi à en forger un. Le second est que la matière monétaire semble parfois trop technique pour permettre une appréciation populaire.

L'Union européenne offre un sujet d'étude, voire d'expérimentation, idéal pour Jürgen Habermas et d'autres tenants de la démocratie délibérative¹²⁵⁶. Elle permet de contourner l'absence de *demos* européen et de postuler que la mise en place de procédures délibératives au sein de l'Union permettra la naissance d'un espace public. Au moyen de l'exemple des démocraties européennes contemporaines, J. Habermas rappelle que le *demos* n'a jamais préexisté à la démocratie mais que les deux se fondent mutuellement dans un processus dialectique¹²⁵⁷. Mais la condition de l'efficacité de ces mécanismes passe par l'édification d'un espace public européen. Celui-ci doit alors se fonder sur l'ouverture aux questions européennes des espaces publics nationaux et notamment de leurs médias. Ceux-ci doivent alors s'ouvrir pour permettre le débat au niveau de l'Union¹²⁵⁸ en faisant place aux débats au sein des autres États membres¹²⁵⁹. C'est une prise de conscience des citoyens, de leur double appartenance aux États et à l'Union, qui est nécessaire¹²⁶⁰.

La faisabilité d'un tel processus est remise en doute par A. Moravcsik. Selon lui, le postulat selon lequel la démocratie, à l'échelle européenne, va engendrer la naissance d'un espace public ne tient pas. Il estime qu'il n'y a « *pas de corrélation entre le pédigrée démocratique*

¹²⁵⁴ « Il faut alors qu'aux processus de décision d'une Administration qui continue à n'obéir qu'à des critères d'efficacité, l'on intègre des filtres par lesquels puisse s'opérer la légitimation et qu'ils soient fondés sur le droit procédural », HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 469.

¹²⁵⁵ « À vrai dire, les pratiques de la participation à l'Administration ne doivent pas être considérées uniquement comme des succédanés de protection juridique, mais comme des procédures efficaces ex ante pour légitimer des décisions qui, appréciées selon leur contenu tiennent lieu d'acte de législation », *idem*, p. 470.

¹²⁵⁶ Voir notamment ERIKSEN E.O. & FOSSUM J.E., « Democracy through Strong Publics in the European Union? », *JCMS*, 2002, Vol. 40 n° 3, pp. 401-424.

¹²⁵⁷ Voir HABERMAS J., « Pourquoi l'Europe a besoin d'un cadre constitutionnel ? », précité, du même auteur : « Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?' », *ELJ*, Vol 1 n° 3, pp. 301-307 (plus spécifiquement p. 305).

¹²⁵⁸ « Un espace public à l'échelle de l'Europe (...) naîtra bien plutôt de l'ouverture, les uns aux autres, des univers nationaux existants, et donnera lieu à l'interpénétration de communications nationales réciproquement traduites », HABERMAS J., « Pourquoi l'Europe a besoin d'un cadre constitutionnel ? », précité.

¹²⁵⁹ Les « média dominants existants (...) ne doivent pas seulement rendre présents et traiter les thèmes européens comme tels, mais simultanément rendre compte des diverses prises de position et controverses que les mêmes thèmes déclenchent dans les autres États membres. », HABERMAS J., « L'Europe paralysée par l'effroi – la crise de l'Union européenne à la lumière d'un constitutionnalisation du droit international public », *Cités*, 2012/1 n° 49, pp. 131-146, ici p. 144.

¹²⁶⁰ « au niveau européen, le citoyen doit simultanément, et en pesant du même poids, former son jugement et décider politiquement à la fois en tant que citoyen de l'Union et en tant qu'il appartient au peuple d'un État particulier qui appartient à l'Union », *ibidem* p. 140.

d'une institution et sa popularité » et que certaines institutions indépendantes, comme les juges constitutionnels, sont plus populaires que les Parlements¹²⁶¹. Réciproquement, malgré l'accroissement de ses pouvoirs, le Parlement européen n'a pas gagné en popularité. L'auteur arrive à une conclusion assez pessimiste sur l'absence de participation des citoyens : « *Les institutions ne sont pas le problème. On est forcé de conclure qu'ils ne s'en soucient pas* »¹²⁶². Il attribue les raisons de cette apathie aux compétences de l'Union européenne qui ne touchent pas les domaines qui intéressent les électeurs et agissent dans des domaines qui ne les intéressent que très peu¹²⁶³. « *La politique monétaire se trouve quelque part au milieu* »¹²⁶⁴. D'un point de vue pratique, certaines expériences ont été menées au niveau européen afin de tester l'idée d'une démocratie participative au niveau européen¹²⁶⁵. Elles ont montré, outre la faisabilité de telles procédures, la « *satisfaction retirée par les citoyens* » de leur participation à un processus au terme duquel « *ils se sentent plus européens* »¹²⁶⁶. Inversement, les institutions européennes – mêmes lorsqu'elles étaient partenaires de ces expérimentations – n'ont pas montré beaucoup d'intérêt¹²⁶⁷.

L'édification d'un espace public ne peut se faire, selon J. Habermas, que sur « *des contextes du monde vécu* » qui « *assurent un consensus d'arrière plan massif* »¹²⁶⁸. Or, avec J.-M. Ferry surgit la question de la réalité actuelle de ce monde vécu. Pour lui, « *L'"honnête homme" d'aujourd'hui n'existe guère* ». Il lui manque : « *une compétence cognitive rudimentaire consistant à pouvoir donner des choses qui l'entourent un concept à peu près scientifiquement pertinent, sans cesser d'être signifiant et intelligible pour tous* »¹²⁶⁹. La question monétaire est riche de complexité. C'est d'ailleurs l'un des fondements qui motive l'indépendance des Banques centrales. Dans ce contexte, la question de l'intégration possible de ces questions – des bénéfices économiques de la stabilité à l'action concrète d'une Banque centrale par le biais des opérations d'*open-market* – est essentielle. La complexité inhérente à

¹²⁶¹ « *No correlation exists between democratic pedigree and popularity. 'Insulated' institutions – constitutional courts, some regulators, police forces – are often the most trusted and popular with the public. Legislatures are generally disliked, to put it charitably* », MORAVCSIK A., « The European Constitutional Settlement précité, ici p. 178. Le propos est cependant récurrent chez l'auteur, voir « The European Constitutional Compromise and the neofunctionalist legacy », précité, p. 374 et « In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union », précité, p. 615.

¹²⁶² « *Institutions are not the problem. One is forced to conclude that it is because they do not care* », MORAVCSIK A., « The European Constitutional Settlement », précité, p. 179.

¹²⁶³ « *Of the five most salient issues in European societies today – health care, education, law and order, pension and social security policy, and taxes – none is primarily an EU competence. Amongst the next 10 issues in the minds of the public, only a few (managing the economy, the environment and the issue of 'Europe' itself) could be considered major EU concerns. In contrast, the affairs of the EU – trade liberalisation, agriculture, removal of non-tariff barriers, technical regulation in environmental and other areas, foreign aid and foreign policy coordination – tend to be of low priority in most European polities* », *ibidem*.

¹²⁶⁴ « *Monetary policy lies somewhere in the middle* », *ibidem*.

¹²⁶⁵ BOUSSAGUET L., « À l'écoute des citoyens – Bilan des premières expériences participatives à l'échelle européenne », *Notre Europe Policy Paper n° 44*.

¹²⁶⁶ *Idem*, p. 14.

¹²⁶⁷ *Idem*, p. 15.

¹²⁶⁸ HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 26.

¹²⁶⁹ FERRY J.-M., *La question de l'État européen*, Gallimard, Paris, 2000, 322 p., ici p. 59. De même E. Morin dénonce le cloisonnement des savoirs et conclut que « *La dépossession du savoir, très mal compensée par la vulgarisation médiatique, pose le problème historique clé de la démocratie cognitive* » (MORIN E., *La méthode*, précité, p. 2368 ; voir aussi, MORIN E., *Penser l'Europe*, précité, pp. 215-218).

l'activité d'une Banque centrale est-elle réductible au langage commun ? Il n'est pas possible ici d'apporter une réponse définitive.

La crise actuelle et le besoin de solidarité qu'elle fait apparaître peuvent aussi être un vecteur de ce processus. Ses conséquences révèlent « à quelle profondeur les décisions de l'Union européenne influent sur leur quotidien », permettant alors une prise de conscience citoyenne et médiatique¹²⁷⁰. Cependant, les réponses à la crise, données par le Conseil européen, n'engagent pas vraiment. Pour lui, elles sont porteuses d'une « domination intergouvernementale (...) contraire au traité » dont l'opacité pourrait transformer l'Union en une domination « post-démocratique »¹²⁷¹. Dans le propos de J. Habermas, il ressort que l'un des principaux obstacles serait : « la crainte des élites politiques de transformer le projet européen, jusque-là pratiqué derrière des portes closes, en un combat d'opinion bruyant et argumenté, obligeant à se retrousser les manches, et qui serait largement public »¹²⁷². Le problème pour la BCE est du même ordre.

B. Les réticences de la BCE face à une véritable responsabilité : le retour au peuple évité

Les raisons se trouvent dans le paradoxe, aux fondements de ces théories et de l'indépendance de la BCE, entre sa construction technique et son pouvoir politique. Les arguments de la BCE résumés au paragraphe précédent montrent qu'elle ne se conçoit que comme un organe technique. Or, la pratique montre autre chose. L'opposition entre technique et politique se fait autour de la capacité d'opérer un choix en terme des valeurs. Pour J. Habermas « l'action politique n'a pas un fondement rationnel ; elle fait au contraire un choix entre certains ordres de valeurs »¹²⁷³. De même, pour N. Jabko, c'est au niveau du choix, soit entre des valeurs, soit entre des objectifs que se fait la distinction entre technique et politique¹²⁷⁴. Certains vont même jusqu'à rejeter l'existence d'une différence entre les deux¹²⁷⁵. La marge de manœuvre

¹²⁷⁰ HABERMAS J., « L'Europe paralysée par l'effroi – la crise de l'Union européenne à la lumière d'un constitutionnalisation du droit international public », précité, p. 145.

¹²⁷¹ *Idem*, p. 146.

¹²⁷² *Idem*, p. 132.

¹²⁷³ HABERMAS J., « Scientification de la politique et opinion publique » in *La technique et la science comme idéologie*, Tel Gallimard, Paris, 1990, pp. 97-132, ici p. 99.

¹²⁷⁴ « On peut dire de façon très générale que, du point de vue des acteurs, une question est réputée « technique » si (a) il existe un consensus préalablement établi sur les objectifs ; (b) la relation entre les objectifs et les moyens est claire et univoque, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de dilemme fondamental sur les moyens à utiliser ; (c) la mise en œuvre des moyens requiert une analyse préalable d'un grand nombre d'informations et donc le recours à une expertise technique. A contrario, une question est réputée « politique » si (a) il existe des conflits sur les objectifs, notamment du fait de valeurs incompatibles ou bien de clientèles sociales qui ont des intérêts divergents ; (b) il existe une palette de choix possibles entre différents moyens de réaliser des objectifs donnés ; (c) la mise en œuvre des moyens, parce qu'elle a des implications en termes de valeurs et de demandes sociales, rend nécessaire le contrôle des décisions par des représentants démocratiquement élus », JABKO N., « Expertise et politique à l'âge de l'euro : la Banque centrale européenne sur le terrain de la démocratie », précité, p. 909.

¹²⁷⁵ « I believe one cannot accept a distinction between politics and expertise. (...) The cultural underpinning of the modern administrative state have thus permitted 'experts' – or politicians citing 'experts' – to advance essentially political positions by recasting them as technical matter outside politics », LINDSETH P.L., « Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: the example of the European Community », précité, pp. 687-688.

laissée à la BCE sur la définition qu'elle donne de la stabilité des prix, le choix qu'elle s'est octroyée de ne pas chercher à remplir son second objectif qu'en poursuivant seulement le premier, ses récentes décisions en matière de mesures non-conventionnelles et son implication croissante durant la crise font que, clairement, la BCE a parfois le choix de ses objectifs¹²⁷⁶, mais aussi fonde ses décisions sur des valeurs.

L'abandon de sa candidature de poste de Président par A. Weber ou le démission de J. Stark, tous deux opposés à l'achat – quasiment *contra legem* – d'obligations d'États membres sur le marché secondaire le confirme. La BCE n'est bien que « *supposée apolitique* »¹²⁷⁷. D'ailleurs, les mots mêmes utilisés par C. Zilioli lorsqu'elle parle de la politique monétaire sont, pour le moins, contradictoires : « *une approche technocratique et dépolitisée d'un problème sensible et fondamental pour l'intérêt public* »¹²⁷⁸. La contradiction est tellement flagrante qu'il est difficile d'imaginer qu'elle puisse être écrite. Le problème est que la BCE ne se considère pas comme un acteur politique et qu'elle ne conçoit pas sa responsabilité comme une responsabilité politique. Le dialogue monétaire le montre avec acuité (1). Au-delà, l'approche de la BCE empêche la naissance du moindre débat sur ses décisions et actions (2).

1) Le dialogue monétaire, illustration des difficultés de la responsabilité de la BCE
La doctrine a toujours reconnu les potentialités du dialogue monétaire par lui-même. Bien que limité dans son impact par l'absence de moyens contraignants du Parlement sur la Banque centrale, il peut pourtant servir d'arène de débat rationnel permettant à la BCE de justifier ses décisions. Cependant, les positions prises par la BCE au sein de ce dialogue – voire sa structure même – n'ont pas encore réellement permis de lui faire jouer son rôle.

F. Martucci a appliqué au cas de la BCE les théories de démocratie délibérative et celle de l'*accountability*. Soulignant la complémentarité des deux approches dans le rôle que la seconde donne aux mécanismes de responsabilité renforcée par les potentialités légitimantes de la délibération, il fonde le concept d'« *accountability délibérative* »¹²⁷⁹. Il s'agit de la combinaison de l'*accountability* à savoir le « *contrôle ex post de la réalisation d'objectifs fixés ex ante* »¹²⁸⁰ et de la démocratie délibérative selon laquelle : « *l'exercice d'un pouvoir politique est démocratiquement légitime dès lors qu'il est justifié dans le cadre d'une discussion publique entre des individus placés sur un pied d'égalité* »¹²⁸¹. Cette fonction pourrait être remplie par le dialogue monétaire. Pour lui, le dialogue monétaire réunit, formellement, les trois conditions nécessaires au processus délibératif : l'égalité des

¹²⁷⁶ Or, comme le disent D. Gros et L. Bini-Smaghi : « *If the central bank could choose its own goals and policies, it would become a political body that could not be independent from government* », BINI-SMAGHI L. & GROS D., « Is the ECB sufficiently accountable and transparent? »,

¹²⁷⁷ HABERMAS J., « Pourquoi l'Europe a besoin d'un cadre constitutionnel ? », *Cahiers de l'Urmis*, 2001, n° 7 (<http://urmis.revues.org/index10.html>).

¹²⁷⁸ « *a technocratic and depoliticised approach to sensitive issues of fundamental public interest* », ZILIOLI C., « Accountability and Independence : Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank », précité, p. 405.

¹²⁷⁹ MARTUCCI F., « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne, Dialogue monétaire et "accountability délibérative" », précité.

¹²⁸⁰ *Idem*, p. 566.

¹²⁸¹ *Idem*, p. 573.

participants, la procéduralisation de l'exercice et son « *caractère inclusif et public* »¹²⁸². Cependant, une grande asymétrie d'information joue en faveur de la BCE. Cette asymétrie découle du manque de préparation et de spécialisation des députés européens mais aussi du manque d'ouverture de la BCE, comme en témoigne la lutte – remportée par les parlementaires – pour la publication de prévisions par la BCE.

Sa conclusion est alors en demi-teinte : « *Dans l'UEM, le dialogue monétaire présente certes de larges traits délibératifs mais ses vertus démocratiques se font encore attendre* »¹²⁸³. L'une des raisons principales en est le positionnement des membres de la BCE, qui ne conçoivent pas le dialogue comme une enceinte de débat de leur décision politique mais plutôt comme une tribune où ils exposent et expliquent leurs résultats techniques. Or, « *la conduite de la politique monétaire n'est ni un sujet purement technique car elle s'exerce dans un contexte politique, ni un sujet exclusivement politique puisque les choix nécessitent une expertise* »¹²⁸⁴. En réalité, la politique monétaire induit des choix politiques qui, pour être faits en toute connaissance de cause mais surtout être mis en œuvre, nécessitent des techniciens.

Menée à l'occasion des dix ans du dialogue monétaire, l'étude de F. Amtenbrink et Kees van Duin conduit à un « *doute (...) sur la capacité du dialogue monétaire actuel à constituer réellement une critique des performances de la BCE* »¹²⁸⁵. Ils mènent une étude qualitative des domaines abordés lors du dialogue monétaire sur quatre points. Le premier est évidemment l'objectif prioritaire de la BCE, la stabilité des prix. L'importance, quantitative, des questions posées dans ce domaine varie. Ainsi, en 2004, une seule a été posée lors des auditions et en 2005 aucune ! En revanche, depuis le début de la crise, le sujet est revenu de manière plus soutenue. Sur le fond, malgré l'importance de ce thème, « *les auditions ont sans doute seulement mis à l'épreuve de manière limitée le président de la BCE* »¹²⁸⁶. Deux raisons majeures l'expliquent. Durant dix ans, la Banque centrale a réussi à maîtriser l'inflation, il était alors délicat de débattre de sa gestion. Ensuite, voire surtout, la technicité de la matière et son caractère prospectif rendent la tâche difficile. Cependant, avec la crise, les parlementaires ont été plus « *agressifs* » sur les stratégies monétaires de la BCE¹²⁸⁷.

Le deuxième domaine passé en revue concerne le second objectif de la BCE. Son étude révèle le positionnement de la BCE quant au dialogue monétaire. C'est celui que les parlementaires évoquent le plus et avec une grande régularité¹²⁸⁸. D'ailleurs ce thème est générateur de clivages entre certains députés favorables à l'orientation ferme de la BCE vers la stabilité des prix et d'autres promoteurs d'une vision plus laxiste de la politique monétaire pour favoriser

¹²⁸² *Idem*, p. 582.

¹²⁸³ *Idem*, p. 594.

¹²⁸⁴ *Idem*, p. 592.

¹²⁸⁵ « *doubts may be raised with regard to the extent to which the current monetary dialogue actually constitutes an effective review of the ECB's performance* », AMTENBRINK F. & van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », précité, p. 563.

¹²⁸⁶ « *the hearings arguably have only put the ECB president to the test to a limited extent* », *idem*, p. 572.

¹²⁸⁷ Voir, *idem*, p. 574.

¹²⁸⁸ Voir *idem*, tableau p. 575. Depuis 2007, ce thème est passé au second plan.

la croissance¹²⁸⁹. Entre les parlementaires et la BCE, le débat dans ce domaine s'apparente à une « *danse rituelle* » où le président du Comité économique et monétaire exhorte celui de la BCE à prendre en compte le second objectif et où le second répond qu'il le fait en poursuivant la stabilité des prix¹²⁹⁰. Le troisième thème étudié est celui de la transparence. Dans ce domaine, cela a été vu, le Parlement a été particulièrement critique au début et a obtenu de la BCE la publication de prévisions. Cependant, pour F. Amtenbrink et Kees van Duin, cette victoire est toute relative car même si la BCE publie ses perspectives économiques, il ne s'agit pas de prévisions d'inflation¹²⁹¹. Aujourd'hui, les questions sur ce thème se font plus rares. Enfin, d'un point de vue quantitatif, l'étude constate que, sur le dernier thème des travaux du panel monétaire, leur utilisation orale par les parlementaires est très décevante. Ces derniers ne se basent que très rarement sur les papiers, pourtant très nombreux, produits par les experts. Cela ne veut cependant pas dire qu'ils ne sont pas lus, mais qu'ils ne sont pas utilisés...

L'impression qui ressort alors du dialogue monétaire, pour les auteurs, est décevante : « *Les discussions restent larges et superficielles, et pour une grande partie se concentrent sur un large éventail de problèmes de politique économique sur lesquels la BCE n'a pas de responsabilités, mais qui sont d'actualité et considérés comme importants au moment des auditions* »¹²⁹². L'actualité récente ne fait que confirmer cette conclusion. La première fois que le dialogue monétaire a eu un écho médiatique important, c'était en avril 2012 lorsque le président de la BCE s'est prononcé en faveur d'un paquet pour la croissance au surplus du paquet fiscal, qui n'est absolument pas du ressort de la BCE¹²⁹³. Cette même session a aussi montré l'attention toute particulière des parlementaires pour l'opération de refinancement à long terme effectuée par la BCE au mois de décembre 2011. Cependant, l'impression qui se dégage des sessions du dialogue monétaire est celle d'un vaste débat économique d'actualité, qui peut parfois porter sur des questions monétaires et le comportement de la BCE. Dans sa structure même, le dialogue ne porte que marginalement bien son nom, il est rare de voir un réel dialogue entre un député et le président de la BCE. Bien souvent, le premier pose la question, écoute la réponse et ne réagit pas. Il ne serait pas juste d'attribuer qu'à la BCE la responsabilité de ces échanges, après tout ce sont les députés qui posent les questions¹²⁹⁴.

¹²⁸⁹ Voir *idem*, p. 576.

¹²⁹⁰ « *Overall, the debate on the objectives of the ECB and calls for more attention to growth and employment have arguably increasingly taken on characteristics of a ritual dance. While the committee chairperson calls for more attention to the second objective of the ECB, the ECB president states that growth and employment is best preserved by a stable non inflationary environment* », *idem*, p. 577.

¹²⁹¹ « *What is more, these moves towards greater openness do not necessarily translate into effective mechanisms to judge the performance of the ECB. Thus, with regard to the economic projections, already linguistically the ECB makes clear that it does not consider these internal estimations to constitute inflation forecasts* », *idem*, p. 579.

¹²⁹² *Idem*, p. 582.

¹²⁹³ « *we have had a Fiscal Compact, but what, to my mind, is most pressing now is to have a growth compact. That was anticipated to some extent by the six-pack, so we need to go back and make it a compact. That is very important.* », DRAGHI M., Dialogue monétaire, 25 avril 2012.

¹²⁹⁴ Sur ce point, il est d'ailleurs regrettable que les transcriptions mises en ligne des débats ne prennent plus le soin de traduire les questions des parlementaires en anglais, voire les réponses en italien que fait le président de la BCE lorsqu'il est interrogé par l'un de ses concitoyens, rendant ainsi délicate la lecture des débats pour celui qui ne maîtrise pas toutes les langues officielles.

Certains parlementaires continuent de poser des questions sur la matière monétaire, le second objectif, etc. Mais les réponses du président sont souvent fermées et ressemblent plus à un *obiter dictum* qu'à une réelle justification¹²⁹⁵. La BCE est prête au dialogue, mais le limite le plus possible dans le domaine monétaire. Il est particulièrement révélateur qu'à la question de savoir si une troisième opération de refinancement à long terme était prévue, le président de la BCE a répondu « *Je vais vous faire ma réponse habituelle : nous ne nous engageons jamais à l'avance* »¹²⁹⁶, et c'est bien le problème...

2) La fermeture de l'espace public par la BCE

La responsabilité démocratique de la BCE se doit de reposer sur la procédure et la publicité. Les avantages de la procédure, sa capacité à créer de la légitimité par le dialogue est indéniable. Cependant, sans publicité, elle est d'une utilité limitée. Or, la BCE n'assure pas une publicité de qualité de ses décisions. Il est frappant de voir que les opérateurs du marché, interrogés sur leur compréhension de la stratégie de la BCE, sont assez sceptiques. Si eux le sont, qu'en est-il des citoyens ? La communication de la BCE ne permet pas sa responsabilité, notamment car la BCE n'a jamais pris d'engagement dont elle pourrait répondre. Au contraire, elle se mure dans une communication soit trop générale, soit trop technique, pour permettre une réelle responsabilité.

Dès les premières années de fonctionnement de la BCE, des études étaient menées sur la perception par les acteurs du marché de la transparence et de la crédibilité de la BCE. Deux d'entre elles seront présentées ici. D. Gros et L. Bini Smaghi, citant deux études congruentes – dont ils disent eux-mêmes qu'elles n'ont pas un réel caractère scientifique en raison du panel consulté – concluent au manque de transparence de la BCE¹²⁹⁷. Ils attribuent cette

¹²⁹⁵ Voir l'échange entre le président Draghi et le député Derk Jan Eppink, *ibidem*. La question portait sur : « *During our last meeting in December I told you that some people wanted you to become the Santa Claus of Europe. Unfortunately that is precisely what you have become.*

You provided about EUR 1 trillion in liquidity to banks, at low rates and with questionable collateral. It did not really help lending to firms and households, as you admitted yourself. Instead, banks used the money to buy government bonds from troubled states. You not only became the lender of last resort but the lender of all resorts.

Three months later all the problems are back. You only bought time. Stress on the euro system may return at any moment, certainly after the election of Mr Hollande, who is living in a state of denial, as President of France.

My question is whether we may expect a third LTRO {Opération de refinancement à long terme, Long Term Refinancing Operation} any time soon? Secondly, when are you going to end the practice of accepting weakened collateral from banks, as the President of the Bundesbank has already called for?

Mario Draghi, President of the European Central Bank. □ *I still claim that our LTROs have been quite timely and, all in all, successful. If the only thing we have achieved is buying time – and it is not the only thing – that would in itself be an extraordinary success.*

Think about what could have happened: EUR 230 billion-plus of bank bonds due in the first three months of this year and more than that in sovereign funding due, and markets completely closed. We avoided that.

Let me go back to why banks do not lend. Banks do not lend because they are short of either funding or capital or because there is no demand. What we did was to remove the first of these three factors. We cannot substitute for capital that the banks might not have ». Le Président de la BCE ne répond pas à la seconde partie de la question.

¹²⁹⁶ Il s'agit de la fin de la réponse à la question citée à la note précédente : « *On the question of the next LTRO, I should give you my standard answer: we never pre-commit* »

¹²⁹⁷ Voir BINI-SMAGHI L. & GROS D., « *Is the ECB sufficiently accountable and transparent?* », précité. La première étude qu'ils citent, effectuée par le Centre for European Political Studies en 2002, classe la BCE dernière des quatre banques testées (FED, Bank of England, BCE et Bundesbank) auprès de 113 participants du marché financier. Devant noter sur 5 divers paramètres la transparence de la Banque centrale, la BCE obtient le

conclusion au manque de clarté de la stratégie de politique monétaire choisie par la BCE¹²⁹⁸. J. de Han, F. Amtenbrink et S. Waller ont effectué leur propre étude. Celle-ci montre qu'aussi bien sur sa crédibilité que sur sa transparence, la BCE se classe derrière la FED et la Bundesbank¹²⁹⁹. Les auteurs concluent alors que « *notre sondage suggère que les économistes professionnels ont souvent le sentiment de ne pas avoir une bonne compréhension des politiques de la BCE* »¹³⁰⁰. Eux aussi imputent ce constat au manque de lisibilité de la stratégie en deux piliers choisie par la BCE¹³⁰¹. Cléments, ils imaginent aussi que la jeunesse de l'institution joue dans ce résultat¹³⁰².

Des études de ce genre sont aujourd'hui un peu passées de mode. Aujourd'hui beaucoup s'intéressent plus généralement à la popularité de la Banque centrale européenne. L'écoulement du temps comme la différence de l'angle étudié ne changent pas foncièrement la conclusion. La BCE peine à conquérir l'adhésion du public. Le dernier Eurobaromètre est sans appel : seulement 36% des citoyens font « *plutôt confiance à la BCE* », 46% ne lui font « *plutôt pas confiance* » et 18% ne se prononcent pas. Ces résultats sont historiquement bas¹³⁰³. Paradoxalement, jamais la BCE n'a jamais été aussi connue des citoyens puisque 82% d'entre eux déclarent connaître l'institution, une donnée historiquement haute¹³⁰⁴.

Sans analyse plus poussée, il est seulement possible d'émettre l'hypothèse d'une corrélation entre la connaissance de la BCE et son impopularité. En se basant sur les données fournies par cette étude récurrente de l'opinion faite par l'Union européenne, certains ont cherché à déterminer les déterminants de la confiance en la BCE. Les études sont délicates à comparer car elles n'usent pas toutes de la même méthodologie, ni des mêmes hypothèses. La majorité d'entre elles démontrent une corrélation entre la situation macroéconomique et la popularité de la BCE. Il ne semble pas que l'inflation joue un rôle majeur ; au contraire elle le partage avec la croissance et la stabilité financière. En clair, quand l'économie va, la BCE va¹³⁰⁵. Une

2

score de 2,2 contre 4,3 pour la FED (p. 16). La deuxième citée, effectuée par Reuters en 2001, a demandé à 62 analystes de noter sur 10 l'efficacité de la politique monétaire, la transparence et la présentation de la cinq Banques centrales. La BCE obtient respectivement 6,2 ; 3,8 et 3,4 contre 7,3 ; 7,3 et 7,9 pour la FED (p. 17).

¹²⁹⁸ « *But a more important reason for the perceived lack of openness is possibly that the ECB does not have a clear strategy. The two-pillar approach is widely perceived as not credible because the ECB usually pretends that both pillars point in the same direction. There is a growing consensus among academics that the ECB is de facto following an inflation strategy (focusing on core inflation) although this is officially denied* », idem, p. 18.

¹²⁹⁹ Voir de HAAN J., AMTENBRINK F. & WALLER S., « The Transparency and Credibility of the European Central Bank », précité, p. 785.

¹³⁰⁰ « *our survey suggest that professional economists often feel that they do not have a good understanding of the ECB's policies* », idem, p. 788.

¹³⁰¹ « *No matter how often the strategy is explained, of the message is not very clear, it will probably not be understood (...) After four years of policy operations, the ECB's hybrid monetary strategy remains controversial* », idem, p. 789.

¹³⁰² « *As the ECB is a new institution, it simply may take time before financial markets and the public at large feel they understand its policies* », idem, p. 792.

¹³⁰³ *Table of Result, Standard Eurobarometer 76*, p. 60. Jamais le niveau de méfiance n'a été aussi élevé. En 2009 le niveau de confiance était à 44%, celui de défiance à 33%. Avant la crise, le niveau était légèrement plus élevé : en 2006 la confiance était à 49% et la défiance à 25% ce qui ne changeait pas beaucoup de 2001 où les niveaux étaient respectivement de 50% et 23% (sources Eurobaromètre).

¹³⁰⁴ Le niveau a toujours oscillé entre 71% et 74% (sauf une chute à 68% en 2005). Il était de 75% en 2009.

¹³⁰⁵ Ainsi, pour D. Gros et F. Roth, l'évolution du PIB est la clé de l'évolution de la confiance en la BCE. Ils ajoutent que l'inflation joue un rôle limité et que c'est plutôt de la stabilité financière dont les citoyens tiennent responsable la BCE, GROS D. & ROTH F., « The financial crisis and citizen trust in the European Central

étude s'est concentrée sur les facteurs sociologiques de cette confiance. Elle conclut que la prise en compte de ces facteurs fait disparaître le lien entre inflation et confiance en la Banque centrale¹³⁰⁶. Il révèle aussi que le soutien à la Banque centrale croît avec le niveau d'éducation¹³⁰⁷.

Enfin, une dernière étude est particulièrement éclairante. Avant d'analyser les résultats des Eurobaromètres, elle rend compte d'entretiens faits auprès des membres du conseil des gouverneurs. L'une des réponses, qui représente l'opinion du conseil, est assez démonstrative : « *Le grand public ne prête pas réellement attention ou comprend ce que nous faisons. La politique monétaire est une matière technique. Tant que nous sommes perçus comme compétents nous pouvons espérer qu'ils soutiendront notre action* »¹³⁰⁸. Le résultat de leur étude converge avec les précédentes : la situation économique influence la confiance dans la Banque centrale. Cependant, leur modèle permet aussi de démontrer que la confiance varie en fonction de la connaissance de l'institution et aussi de l'absence de représentation des citoyens dans la détermination de la politique de la BCE¹³⁰⁹. Clairement, les auteurs estiment que le manque de compréhension de l'activité de la Banque centrale par les citoyens et leur absence d'influence dans les processus de décision jouent sur sa popularité mais aussi sur la volonté des citoyens de s'informer dans ce domaine¹³¹⁰.

Ces conclusions rejoignent celles des premières enquêtes révélant que les marchés ne comprennent pas les stratégies de la BCE. Or, si les spécialistes de la matière ne parviennent pas à saisir la politique de la BCE, il est douteux que le grand public y parvienne. En réalité, malgré les déclarations d'intention de l'institution, sa communication ne révèle pas un réel

2

Bank », *CEPS Working Document*, Juillet 2010, n° 334. Pour S. Wälti, c'est l'évolution de l'inflation et du chômage qui explique la confiance en la BCE, WÄLTI S., « *Trus no more? The impact of the crisis on citizens' trust in central banks* », *Swiss National Bank*, Juillet 2011.

Une étude menée sur la popularité de l'Euro (et non la BCE) confirme que l'inflation joue un rôle central dans le soutien des européens à la monnaie unique. Il est corrélé par le sentiment favorable face à l'intégration européenne (voir BANDUCCI S.A., KARP J.A. & LOEDEL P.H., « *Economic interests and public support for the euro* », *JEPP*, 2009, Vol. 16 n° 4, p. 564-581).

¹³⁰⁶ FAVRAQUE E., AZMAR HAYAT M. & MIHAILOV A., « *Who Supports the ECB? Evidence from Eurobarometer Survey Data* », *Department of Economics University of Reading*, 2011, mis à jour Avril 2012, <http://www.reading.ac.uk/web/FILES/economics/emdp2011092.pdf>), voir plus précisément p. 12.

¹³⁰⁷ « *Who supports the ECB? (...) people with higher – rather than lower – level of education, as these can better appreciate the role of the ECB and the EU concerning the longer-run prospects for Europe and its nations.* », *idem*, p. 15. Il s'agit là de l'hypothèse centrale des auteurs. Ils démontrent aussi que la confiance en la BCE est plus élevée chez les hommes, les conservateurs et ceux dont le revenu est le plus élevé.

¹³⁰⁸ « *When asked if the citizens of the euro area seem to support the policies of the ECB, one central banker, who was representative of those queried in the Governing Council, said: 'The general public does not really pay much attention or understand what we do. Monetary policy is a technical matter. As long as we are viewed as competent we can hope they will support what we do'* », KALTENTHALER K., ANDERSON C. J. & MILLER W.J., précité, p. 1267.

¹³⁰⁹ « *Clearly, many Europeans are concerned that their voice or that of their country is not being heeded in the ECB's policy-making. The democratic deficit is not just damaging levels of support for the integration process as a whole, it is undermining support for the ECB as an institution.*

The results also clearly show that a lack of knowledge of the ECB does not help the institution garner public support. Those who did not have much knowledge of the European Union or had not heard of the central bank were more distrustful of the ECB. It may not be that to know it is to love it, but it does seem that not knowing it makes people wary of it. », *idem*, p. 1278.

¹³¹⁰ « *very few euro area citizens really understand or are aware of what the ECB does because of the technical nature of monetary policy-making. Also, if citizens believe that they cannot influence the policy, why take the time to understand how and why it is made? Thus, euro area citizens are likely not very informed of the policies of the ECB because they themselves have chosen to not inform themselves* », *idem*, p. 1269.

souci de transparence et de responsabilité. Des efforts ont été faits pour la compréhension de ses publications. Un glossaire accompagne chacune d'elle, des brochures explicatives simples et claires sont disponibles sur son site. Elle a même mis en ligne un jeu pour que les enfants puissent s'approprier la monnaie unique... Plus sérieusement, ces efforts ne paient pas et aujourd'hui la BCE est à un niveau record d'impopularité, qu'elle partage avec la majorité des autres institutions de l'Union, confirmant l'ampleur du déficit démocratique. Evidemment, la crise joue pour beaucoup. Cependant, l'espace public en matière monétaire est fermé et empêche la naissance de tout débat. Or, le quotidien de la politique monétaire est extrêmement technique et se prête mal au processus discussif. Le traité a posé l'objectif primaire de la BCE. Discuté pendant le processus de ratification du traité, celui-ci ne peut plus aujourd'hui faire l'objet d'un processus discursif. Un premier débat ne suffit pas et il faut, selon J. Habermas que les citoyens soient intégrés à « *l'orientation du cycle politique* »¹³¹¹. Or, en matière monétaire, le cycle n'existe pas. Le traité bloque tout renouvellement du débat sur ce thème.

Il aurait pu être renouvelé par la BCE si une discussion existait sur la définition de sa politique monétaire et notamment de la notion de stabilité des prix. Or, défini en 1998 à la croissance de l'IPCH à 2% par un processus particulièrement fermé – comme le montre l'absence de publication de minutes du conseil des gouverneurs – cette notion n'a pas fait l'objet d'un processus discursif. D'autant que la BCE ne cherche pas à simplifier son discours. Au lieu de mettre celui-ci au niveau du langage courant, il reste dans un vocabulaire technique. C'est ce que confirme la présence – indispensable – de glossaires dans les publications de la BCE. De même, la présence des « *Biefing papers* » au sein du dialogue monétaire démontre que le déroulement effectif de ces auditions est tributaire d'une préparation technique des parlementaires. F. Martucci a même relevé l'agacement des membres du directoire face au manque de préparation des parlementaires. Mais est-ce vraiment à eux de se mettre au niveau de la BCE ou à cette dernière de créer les conditions pour la compréhension de son propos ?

Une autre démarche serait beaucoup plus féconde. Un effort de « *traduction fidèle des informations scientifiques dans la langue commune de la pratique est nécessaire* »¹³¹². Il ne faut pas méconnaître « *les performances dont un langage ordinaire multifonctionnel est capable, précisément grâce à son manque de spécialisation* »¹³¹³. Les effets du positionnement de la BCE sont particulièrement visibles sur le thème de son second objectif. Arc-boutée sur une position dogmatique selon laquelle la stabilité des prix, telle que définie

¹³¹¹ « *les citoyens politiquement autonomes ne peuvent se concevoir comme les auteurs du droit auquel ils sont soumis en tant que sujets privés, que dans la mesure où le droit qu'ils édictent définit l'orientation du cycle politique* », HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 207.

¹³¹² HABERMAS J., « *Scientification de la politique et opinion publique* », précité, pp. 97-132.

¹³¹³ HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 380-381. L'auteur rajoute plus loin que : « *Le fait que le public se compose de profanes et que la communication publique s'effectue par le moyen d'une langue compréhensible pour tous, ne signifie pas forcément que les questions essentielles et les motifs de la décision perdent leur niveau de différenciation* », p. 400.

par la BCE, lui permet de remplir les deux objectifs, la BCE ferme la porte à tout débat¹³¹⁴. De même, en matière de responsabilité, la BCE a toujours refusé de s'engager concrètement sur des cibles d'inflation ou de croissance de la masse monétaire précises. Au contraire, elles doivent être estimées à long terme, en tenant compte de facteurs externes – le prix des matières premières notamment – qui peuvent influencer l'inflation. Ainsi, à aucun moment, l'institution ne peut être tenue pour responsable d'un résultat concret. La BCE est tombée dans le piège que lui tendait son indépendance, celui du « *cloisonnement du savoir* »¹³¹⁵, comme le montre clairement la citation du membre du conseil des gouverneurs qui ne semble pas plus perturbé par le fait que les citoyens ne comprennent pas son action... Engagés sur peu de choses, enfermés dans un langage technique, les membres de la BCE ne réussissent pas à donner la place qu'ils devraient au débat sur les questions monétaires. Or, « *Lorsque le débat entre experts est coupé de la formation démocratique de l'option et de la volonté, la vision que ces experts ont des problèmes triomphe sur celle qu'ont les citoyens* »¹³¹⁶.

¹³¹⁴ « *En éludant la signification politique de choix qu'il présente comme purement techniques, cette interprétation juridique et économique de l'article 105 CE* » selon laquelle « *en accomplissant l'objectif primaire, la BCE s'acquitte de l'objectif secondaire* » et « *permet au président de la BCE d'extirper le contrôle de l'accomplissement du mandat de l'article 105 CE du champ de la délibération démocratique* », MARTUCCI F., « *Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne, Dialogue monétaire et "accountability délibérative"* », précité, p. 591.

¹³¹⁵ HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 343.

¹³¹⁶ *Idem*, p. 378.

Conclusion du Chapitre 2

La légitimité de la Banque centrale européenne passe par son ouverture. Ce qui caractérise ses rapports avec les citoyens est une relative opacité. Elle ne publie pas tous ses actes, même si les choses s'améliorent. Ils ne sont pas tous correctement motivés, loin s'en faut. Il est impossible pour des requérants de baser leur recours sur les opérations de politique monétaire car ils n'en apportent pas la preuve, faute de transparence de la BCE. Transparence qui s'améliore toutefois, la BCE publie plus de rapports que le traité ne l'y oblige. Cependant, elle refuse de rendre publiques des informations essentielles, que sont ses projections d'inflation et les minutes – même anonymées – des réunions du conseil des gouverneurs, notamment parce qu'elle mettrait en jeu sa responsabilité. Cette opacité est causée et entretenue par son indépendance. Refusant d'en faire une institution politique, le traité lui a donné un statut bureaucratique mais sans réellement imposer les moyens de sa transparence. Ainsi, si les débats au sein du conseil des gouverneurs sont seulement techniques, comme le suggère l'idée que les décisions de la BCE ne sont pas politiques, pourquoi ne pas dévoiler le contenu des réunions ?

C'est autour de cette indépendance que s'est construit, concrètement et doctrinalement, le discours sur la légitimité de la BCE. Celle-ci est faible en aval car la BCE ni ne dérive, ni ne répond au Parlement européen. Elle tient cette légitimité d'un mélange de légitimité nationale – par les Parlements nationaux pour son statut et les gouvernements pour ses membres – et de légitimité communautaire, limitée à la faible portée de l'intervention du Parlement. Enfin, cette légitimité chancelante ne peut réellement s'appuyer sur les résultats car elle exige temps et patience mais aussi un objectif défini. Or, comment la BCE peut-elle se réclamer de cette source alors qu'elle n'est responsable qu'à long terme de maintenir l'inflation à 2%, hors cas où des faits extérieurs viendraient influencer les prix à la hausse ?

La seule possibilité pour la légitimité de la BCE est un changement d'orientation de sa stratégie de communication mais aussi d'ouverture au public. Pour le Professeur Dehousse : « *Le peuple n'accepte plus que seule compte la qualité des décisions : il veut avoir son mot à dire sur les choix politiques qui affectent sa vie* »¹³¹⁷. Dans la veine de J. Habermas, il s'agirait de prévoir « *une plus grande ouverture des procédures de décision* »¹³¹⁸. Elle permet alors de « *contribuer à informer les citoyens des questions abordées à l'échelon européen, facilitant ainsi l'émergence d'un débat public* »¹³¹⁹. La première étape pourrait être celle d'un véritable dialogue monétaire où le président de la BCE et les députés s'engageraient dans un débat de fond mais avec le langage courant permettant à tous les citoyens de s'intégrer aux échanges. La seconde étape serait de renouveler sans cesse le débat sur l'objectif de la Banque centrale. Un tel débat s'engage aujourd'hui autour de son rôle en matière de stabilité financière.

¹³¹⁷ DEHOUSSE R., « Les institutions européennes en quête de légitimité : nécessité d'une approche privilégiant la procédure », précité, p. 204.

¹³¹⁸ *Ibidem*.

¹³¹⁹ *Idem*, p. 205.

Conclusion du Titre 2

L'indépendance place la BCE dans une position unique au sein de l'appareil institutionnel. Le traité l'y intègre parfaitement mais lui laisse la possibilité de s'en retirer, au nom de son indépendance, quand bon lui semble (ou presque). L'équilibre institutionnel – lié à l'idée de séparation des pouvoirs – peut permettre ici d'éclairer le débat. Pour le Professeur Pactet, la séparation des pouvoirs peut aujourd'hui s'analyser comme la répartition entre « *le pouvoir qui appartient aux organes exécutifs de diriger la politique nationale (...) et la liberté laissée aux organes délibérants, c'est-à-dire aux assemblées parlementaires, de contrôler l'action gouvernementale* »¹³²⁰. Elle a été résumée par C. Blumann par une distinction des « *organes de décision {et} des organes de contrôle* »¹³²¹.

Les institutions de l'Union européenne peuvent se répartir autour de cette dichotomie. Au sein de la seconde catégorie se trouvent inévitablement la Cour de justice et la Cour des comptes et, par certains aspects, la Commission dans son rôle de contrôle des États membres et le Parlement dans celui de censure de la Commission. La première regroupe le Parlement, le Conseil, le Conseil européen et la Commission. La légitimité varie en fonction de chaque type. Les organes purs de contrôle auront une légitimité technique liée à l'expertise des membres. Leur tâche se limite à contrôler le respect des règles posées par le traité, et le droit dérivé, par rapport à la pratique des institutions de décision. Ainsi, la Cour de justice est composée de personnalités « *qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires* »¹³²² et ceux de la Cour des comptes doivent disposer d'« *une qualification particulière pour cette fonction* »¹³²³. En revanche, les institutions disposant d'un pouvoir de décision disposent d'une légitimité démocratique communautaire, pour le Parlement et la Commission, ou nationale, pour le Conseil et le Conseil européen. La BCE ne trouve pas sa place. Elle n'est pas une institution de contrôle car elle est dotée d'un pouvoir de décision celui de déterminer et mettre en œuvre la politique monétaire de la zone euro et d'aucun pouvoir de contrôle. Cependant, elle a une légitimité construite sur les mêmes bases que celles des organes de contrôle puisque les membres du directoire doivent être des « *personnes dont l'autorité et l'expérience professionnelle dans le domaine monétaire ou bancaire sont reconnues* »¹³²⁴.

La qualification par le traité de Lisbonne de la BCE d'institution devient, à l'aune de cette classification, troublante et justifie le rejet de cette nouveauté exprimée au tout premier

¹³²⁰ PACTET P., *Institutions politique Droit constitutionnel*, 20^{ème} Éd, Armand Collin, Paris, 2001, 637 p., ici p. 114.

¹³²¹ « *Une classification fondée sur les pouvoirs, et donc plus fonctionnelle et moins engagée sur le terrain de la nature juridique des Communautés, conduit à distinguer des organes d'action (Commission et Conseil) et des organes plutôt chargés d'une mission de contrôle (Parlement, Cour de justice).* », BLUMANN C., « Institutions de l'Union Européenne – Présentation générale », précité, §6. Voir aussi, BLUMANN C., « Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire », précité, p. 1647.

¹³²² Art. 253 §1 TFUE.

¹³²³ Art. 286 §1 TFUE.

¹³²⁴ Art. 283 §2 alinéa 2 TFUE.

chapitre. La qualification de la BCE comme institution ne fait que souligner son déficit démocratique. Hérité des théories économiques prônant l'indépendance des Banques centrales, ce déficit n'a cessé de s'accroître. Malgré les efforts de la Cour de justice, face aux tentatives contraires de la Banque, pour réintégrer la BCE dans le cadre institutionnel et normaliser sa position, la crise a fait ressortir avec d'autant plus d'acuité la place centrale qu'elle a pris mais aussi son déficit de légitimité. Celui-ci ne saurait être comblé par les mécanismes mis en place par le traité, dont les limites ressortent rapidement. Le contrôle juridictionnel sur la BCE paraît ontologiquement limité. En revanche, c'est sur son contrôle démocratique qu'elle pourrait s'ouvrir plus. Pour le moment, ce n'est pas le cas et la popularité – au plus bas – en atteste. Il s'agit du résultat quasiment naturel d'un traité qui n'a pas traduit correctement dans le langage juridique le dogme de l'indépendance dont le passage en langage juridique implique la responsabilité. Il ne faut pourtant pas oublier que rares sont les choix uniquement techniques ou scientifiques. M. Blanquet met en garde sur ce point : « *La revendication d'une responsabilité non politique, scientifique, pour des choix de société devant intégrer l'éventuelle opacité des avis scientifiques apparaît comme une dérive dangereuse, renvoyant aux heures sombres où les responsables communautaires s'étaient retranchés, avec les résultats que l'on connaît, derrière des expertises scientifiques* »¹³²⁵. Pour éviter cela, il faut repenser la dialectique efficacité / légitimité autour de l'ouverture et de la participation. Ces deux notions doivent être repensées comme permettant de se renforcer, l'ouverture du processus décisionnel accroissant son efficacité¹³²⁶. Mais surtout, l'ouverture et la participation – avec tout ce qu'elles imposent – permettent de transformer les acteurs et notamment à la BCE d'avoir un discours plus accessible aux profanes et à ces derniers de le devenir un peu moins¹³²⁷.

¹³²⁵ BLANQUET M., « Le système communautaire à l'épreuve de la "gouvernance européenne". Pour une "nouvelle gouvernance raisonnée" » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 239-269, ici p. 268.

¹³²⁶ « *Traditionally, the two objectives of regulatory efficiency and democratic legitimacy have been perceived as indispensable, yet mutually conflicting, and thus the question has been one of articulating a suitable balance between them. The ability of moving away from this tension is supplied by the blend of actors that converge in decisionmaking processes, whose capabilities and the interactions developed amongst them seemingly set in motion decisionmaking processes that enhance social learning, promote the shaping of better-informed preferences, encourage experimentation and innovation, and improve accountability through mechanisms such as peer review. Efficiency and legitimacy are thus tied together by the very relationships and dynamics amongst the actors that converge in a given policy process* », COMELLA R., « New Governance Fatigue? Administration and Democracy in the European Union », *Jean Monnet Working Paper*, 06/06, p. 37.

¹³²⁷ « *By forcing actors to face, explain, monitor, expose, engage, and depend on each other, the system brings forward a different experiential universe, whereby all participants are transformed in the process* », *ibidem*.

Conclusion de la seconde partie

De l'étude de l'organisation et de la responsabilité de l'Eurosystème, il ressort que son identité s'est bien construite plus sur l'indépendance que la stabilité des prix. Elle est la condition d'entrée dans le système et la variable déterminante des relations de la BCE avec les autres institutions et les citoyens. C'est elle qui garantit la cohérence de l'Eurosystème voire sa nature en tant que système. L'indépendance des BCN les extrait du cadre juridique national pour les intégrer au système de banques centrales. Ainsi, le système peut fonctionner comme un tout en s'affranchissant des contraintes nationales. La spécialisation inégalitaire le montre bien, une tâche n'est pas confiée aux BCN en tant que représentantes nationales mais bien en tant que partie d'un système qui peut agir au-delà et par-dessus elle.

Mais l'indépendance a aussi ses inconvénients, et ils sont nombreux. Elle contient ontologiquement un paradoxe, elle doit être consacrée par le droit mais traduit la méfiance dans le système juridique qui risque alors de s'autodétruire. L'indépendance se justifie en sapant les bases démocratiques sur lesquelles le droit se construit. Le droit se trouve comprimé entre deux systèmes expansionnistes. Le système économique a tendance à le réduire à un « épiphénomène » confirmé par l'ascendant pris par la théorie économique au sein des sciences sociales¹³²⁸. Comme le dit M.-A. Frison-Roche : « *le marché a besoin du droit pour fonctionner mais en le mettant à son aune, à sa mesure et à sa botte* »¹³²⁹. D'un autre côté, le système administratif devient autonome. Ces deux systèmes, mus par des médiums qui leurs sont propres¹³³⁰, ignorent le droit jusqu'à « *faire éclater le modèle d'une communauté juridique qui se détermine elle-même à travers la pratique des citoyens* »¹³³¹. Les problèmes seraient aujourd'hui beaucoup trop complexes et exigent une expertise technique où le droit est réduit à un rôle fonctionnel¹³³².

Ce phénomène est visible au sein de l'Eurosystème. Non seulement il est fondé sur des traités internationaux mais surtout son organisation interne est réglée par des textes de nature variée, parfois d'une nature juridique ambiguë. L'organisation de l'Eurosystème se fonde alors sur le droit. En réalité, la majorité de la production juridique du système se fait pour lui même et

¹³²⁸ « *Le cycle récursivement fermé de la production et de la reproduction des valeurs d'échange agit au travers des opérations d'intégration sociale effectuées par le droit moderne, si bien que celui-ci se trouve réduit à un épiphénomène. C'est alors que le mécanisme du marché, découvert et analysé par l'économie politique, qui prend les commandes, y compris de la théorie sociale* », HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 60.

¹³²⁹ FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », précité, pp. 298-299. Sur le même thème, mais à propos de l'État en général, voir, CHEVALLIER J., « État et ordre concurrentiel – Rapport introductif » in *L'ordre concurrentiel – Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Editions Frison-Roche, Paris, 2003, pp. 59-72.

¹³³⁰ « *Les systèmes de l'économie et de l'administration ont tendance à ignorer leur environnement et à n'obéir qu'à leurs propres impératifs qui sont ceux de l'argent et du pouvoir administratif* », HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, précité, p. 94.

¹³³¹ *Ibidem*.

¹³³² « *Il ne faut pas, toutefois, que les résultats d'une considération fonctionnaliste soient prématurément traduits en termes de paradigmes juridiques. En effet, la tendance ainsi perçue à l'objectivation signifie simplement que les problèmes surgis sont de moins en moins de nature juridique ; en revanche, elle ne signifie pas que la pratique administrative correspondante doive progressivement se soustraire à toute réglementation juridique* », *idem*, p. 464.

garantit son fonctionnement interne. Celles destinées aux contreparties ne poursuivent pas réellement un but différent. Les règlements statistiques ou relatifs aux réserves obligatoires satisfont des besoins du système. Or, « *l'instrumentalisation du droit à des fins de régulation juridique constitue le problème central ; la structure du médium juridique se trouve de ce fait surchargée, tandis que le lien entre la politique et la réalisation des droits inaliénables est rompu* »¹³³³.

On retrouve ici, sous un autre angle, le problème de la légitimité. Pour J. Habermas « *le droit ne peut se borner à satisfaire aux exigences fonctionnelles d'une société complexe* »¹³³⁴ alors que « *le principe démocratique ne peut se manifester que comme le cœur d'un système de droit* »¹³³⁵. Le cas de la BCE est topique. Le droit n'y est, à aucun moment, perçu comme un facteur de légitimité. L'exemple de la définition de la notion même de la stabilité des prix est, en cela, révélateur. Le conseil des gouverneurs n'a, même pas, pris la peine de la définir dans un acte juridique – ne serait-ce qu'une recommandation ou un avis ou tout autre acte atypique non-contraignant – qui aurait alors été motivé, publié au JO et attaquant devant la Cour de justice. La « *force d'intégration sociale* »¹³³⁶ du droit est absente de la conception de l'Eurosystème pour qui le droit est réduit à un rôle fonctionnel.

La méthode d'intégration verticale doit alors être utilisée avec parcimonie. Son efficacité est certaine. Mais, l'indépendance – qui est au cœur de sa construction – doit être compensée par une forte responsabilité. C'est ainsi que le traité de Lisbonne, à l'article 15 du TFUE, généralise les principes de « *bonne gouvernance* » aux « *organes et organismes de l'Union* ». Le nouveau traité vient alors accompagner un mouvement récent vers l'accroissement des pouvoirs de contrôle du Parlement européen et de la Cour de justice sur les agences¹³³⁷. Une telle réforme est indispensable car l'intégration verticale conduit à « *la mise en danger de l'intérêt général* »¹³³⁸. Or, l'essence du droit – par son processus d'adoption – est de permettre de formuler l'intérêt général. La fragmentation de la production juridique induit un risque de dispersion de l'intérêt général en des intérêts généraux et sectoriels. Avec l'intégration verticale ces intérêts fractionnés se diffusent et s'imposent à l'échelle du continent.

Il est alors fondamental de revenir au rôle social que doit jouer le droit, même en matière monétaire. L'implication croissante du Parlement européen dans les règles d'institution de l'Eurosystème permettrait d'intégrer les questions monétaires à la formation du *demos* européen. De même, le dialogue monétaire devrait être renouvelé afin de mieux porter son

¹³³³ *Idem*, p. 467.

¹³³⁴ *Idem*, p. 98.

¹³³⁵ *Idem*, p. 139.

¹³³⁶ Le droit ne jouit d'une « *force d'intégration sociale que dans la mesure où les différents destinataires des normes juridiques peuvent en même temps se comprendre, dans leur ensemble, comme les auteurs rationnels de ces normes* », *idem*, p. 46-47.

¹³³⁷ Sur la généralisation de ces principes aux agences, voir *supra* Chapitre 1 du Titre 1 de la première partie. Sur le contrôle du Parlement européen, voir LAURENT S., « Les agences communautaires, facteur d'incohérence institutionnelle ? De la nécessité d'un renforcement du contrôle parlementaire des agences », précité, et BLANQUET M., « Agences de l'Union et gouvernance européenne », précité, pp. 71-77.

Sur le contrôle de la Cour de justice, voir CLÉMENT-WILZ L., « Le contrôle des agences de l'Union européenne » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 127-141.

¹³³⁸ BLANQUET M., « Agences de l'Union et gouvernance européenne », précité, p. 76.

nom. La crise peut être un facteur amplificateur des ces transformations nécessaires. Ainsi, tous les règlements du *six pack* contiennent une clause visant à introduire un « *dialogue économique* ». La Commission compétente du Parlement européen, certainement la commission économique et monétaire, peut inviter les présidents de la Commission, du Conseil, du Conseil européen et de l'Eurogroupe afin à « *débattre* » des décisions du Conseil dans le domaine de l'union économique¹³³⁹.

Enfin, ce qui est nécessaire à l'Europe c'est l'engagement de ses citoyens et les banquiers centraux l'ont compris. Une prise de conscience de leur part semble en bonne voie. L. Bini Smaghi comme J.-C. Trichet ont exprimé le besoin d'un renouvellement de l'approche qu'a l'Union, et la BCE, de son espace public. Le premier plaide pour un « *langage nouveau* » des banquiers centraux afin d'affronter les « *exigences des citoyens qui veulent mieux comprendre les problèmes qu'ils rencontrent chaque jour* »¹³⁴⁰. J.-C. Trichet, quant à lui, insiste sur le rôle des médias comme facteur de création d'un espace public où les citoyens de la zone euro seraient informés au-delà des frontières nationales leur permettant ainsi de réaliser leur appartenance à une communauté de destin¹³⁴¹. L'ancien président de la BCE converge alors avec une doctrine qui voit dans les médias la nouvelle frontière de l'intégration européenne et le passage obligé de l'approfondissement politique¹³⁴². L. Bini Smaghi résume parfaitement la question : « *Le peuple doit avoir une meilleure compréhension de ce qu'est l'Union européenne, ce qu'elle leur a apporté et quel est son projet. L'Union ne doit pas seulement être vue comme un regroupement d'États mais comme quelque chose qui aide ses membres comme leurs citoyens à affronter les défis de notre temps. L'Union n'est pas ailleurs – à Bruxelles ou à Strasbourg – elle est dans chaque ville ou village dont la prospérité dépend de l'appartenance à une Europe unie* »¹³⁴³. La crise est l'occasion de montrer les bienfaits de

¹³³⁹ Art. 3 du règlement 1173/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, précité ; art. 6 du règlement 1174/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, précité ; art. 1 4) du règlement 1175/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement 1466/97/CE du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, précité ; art. 14 du règlement 1176/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, précité ; et art. 1 3) du règlement 1177/2011/UE du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement 1467/97/CE visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, précité.

¹³⁴⁰ Il précise liminairement que : « *Un des défis majeurs est de faire sentir l'Europe, et donc ses institutions, plus proches de ses citoyens. Cela requiert un effort majeur. A la Banque Centrale Européenne, nous sentons cette exigence quotidiennement* » (BINI SMAGHI L., « L'Union Economique et Monétaire : Quelle place pour la Zone Euro sur la scène internationale ? », 26 mars 2007).

¹³⁴¹ « *the Euro area needs media, in the broadest sense of that word, that allow citizens to take a deeper interest in each other. Media that provide regular information on events beyond national borders. Media that permit citizens to debate and exchange. And media that are not constrained by language barriers. All we need is a pan European public debate, a gemeinsamer öffentlicher Raum, a débat publique pan-Européen that allows Europeans to appreciate the wider community of which they are part – a community where their interests are increasingly shared and their lives more interdependent than ever before* » (TRICHET J.-C., « Tomorrow and the day after tomorrow: a vision for Europe », 24 octobre 2011).

¹³⁴² Voir, FERRY J.-M., *La question de l'État européen*, précité, pp. 229-271. L'auteur insiste sur le rôle du droit dans la structuration de l'espace public européen et plaide pour une « *Charte européenne de l'audiovisuel* » (pp. 255-265). Voir aussi, HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, Gallimard, Paris, 2012, 224p., plus précisément p. 109.

¹³⁴³ BINI SMAGHI L., « Celebrating 50 years of Europe », 25 septembre 2008. « *The people of Europe need a better understanding of what the European Union is about, what it has given them and where it is going. The*

l'Europe. Mais son déroulement, les atermoiements des chefs d'État ou de gouvernement et l'austérité généralisée risquent, au contraire, de renforcer un sentiment anti-européen.

2

Union should be seen not just as a grouping of states but as something helping the member states, and their citizens, to address the challenges of our times. The Union is not somewhere else – in Brussels or Strasbourg – it's in every European town or village, whose prosperity depends on being part of a united Europe ».

Conclusion

Les crises ayant frappé successivement l'Union depuis bientôt cinq ans illustrent la prégnance des considérations économiques ; d'autant que le droit de l'Union accorde à ces dernières une place centrale, notamment dans l'UEM. Dans ce domaine, le droit est soumis à l'économie. Or, l'économie dispose d'une logique propre, expansionniste et englobante, comme le constatait Karl Polanyi dès 1944 : « *L'importance vitale du facteur économique pour l'existence de la société exclut tout autre résultat. Car, une fois que le système économique s'organise en institutions, séparées, fondées sur des mobiles déterminés et conférant un statut spécial, la société doit prendre la forme telle qu'elle permette à ce système de fonctionner suivant ses propres règles* »¹³⁴⁴.

Ainsi s'explique l'efficacité des systèmes construits selon la méthode d'intégration verticale. Ils intègrent dans leur nature même les besoins du système économique et peuvent s'accommoder de son expansion. Ces sous-systèmes de l'Union empruntent les traits caractéristiques de la méthode communautaire qui a permis, depuis plus de cinquante ans, une intégration économique toujours plus poussée. La nature « systémique » des structures verticalement intégrées est le facteur clé de leur réussite. La flexibilité, inhérente à tout système, garantit une adaptation au secteur concerné et aux crises qu'il peut connaître. C'est ainsi que l'Eurosystème – notamment par les mesures non-conventionnelles – a pu s'ajuster aux nouveaux besoins générés par les crises. D'autant que la dénationalisation partielle des structures nationales intégrées permet un fonctionnement efficace du système, qui peut ainsi agir dans l'intérêt général de l'Union.

Mais, l'étude de l'Eurosystème démontre aussi les limites de l'intégration verticale. L'isolement garanti par l'indépendance est générateur d'incohérences juridiques, l'Eurosystème préférant l'efficacité économique à la sécurité juridique. L'intégration des contreparties à l'action même du système, et leur dépendance à son égard, permettent d'évacuer tout contentieux. La tutelle de la Cour de justice devenant alors virtuelle, l'Eurosystème se libère – un peu trop – des contraintes inhérentes à la sécurité juridique. L'opacité et la technicité de sa *soft law* sont sources d'efficacité mais aussi de confusion. Enfin, et surtout, l'intégration monétaire par le biais de cette méthode – par essence – « technocratique » est un facteur d'instabilité. En premier lieu, la construction du système repose sur un consensus sur les bienfaits de la stabilité des prix. Les débats au conseil des gouverneurs – notamment sur le rachat de dettes souveraines – démontrent le manque de profondeur du consensus et les différentes visions, contradictoires, qu'en ont les gouverneurs. D'autant que la dénationalisation n'est pas totale et que la spécialisation des BCN risque d'engendrer une concurrence entre elles, facteur d'instabilité pour l'unité du système. Enfin,

¹³⁴⁴ POLANYI K., *La Grande Transformation*, Tel Gallimard, Paris, 2011, 467 p., ici p. 104.

le rôle du Parlement européen est beaucoup trop limité. Deux raisons permettent de s'en convaincre. En premier lieu, un véritable dialogue monétaire, où la BCE accepterait de mettre véritablement en jeu sa responsabilité, générerait un débat public nécessaire à sa légitimité. En second lieu, le frein à l'évolution du système est son statut juridique. Gravé dans les traités, il est beaucoup trop rigide. Un transfert de cette fonction au législateur européen garantirait, à la fois, son adaptation aux réalités du marché mais surtout, le Parlement européen pourrait enfin débattre des objectifs que les institutions monétaires doivent poursuivre. Pour résumer, il faut redonner au droit une place plus grande. Son rôle est aujourd'hui limité à la construction du système, qui le met alors à l'abri des conflits politiques comme le droit a toujours agi dans la construction européenne. L'organisation du système repose, ensuite, sur des normes techniques et opaques, notamment les orientations. Renforcer la place du droit permettrait alors un véritable contrôle de la Cour de justice et au Parlement d'accroître la légitimité du système. La viabilité, à long terme, de la méthode d'intégration verticale – comme celle de la méthode communautaire – passe par l'ouverture et la lisibilité de son action.

Les crises ont, d'ailleurs, démontré l'importance du droit. La régulation du système financier est fondamentale pour son équilibre¹³⁴⁵. L'Union a tenté d'y remédier. En revanche, les rebondissements de la crise des dettes souveraines démontrent l'insuffisance de l'intégration, du droit, dans le domaine économique. Or, de telles avancées sont indispensables au règlement de la crise qui exige plus d'intégration, laquelle pourrait, enfin, résoudre le problème du manque d'identification des citoyens au projet européen.

La crise et la confirmation de la pertinence de l'intégration verticale

L'Eurosystème a résisté aux crises et, au-delà, il en est sorti renforcé mais esseulé. La flexibilité inhérente à sa construction et l'action des hommes qui le composent ont permis ce résultat. La crise a conduit à une extension du champ d'action de l'intégration verticale et sa radicalisation.

Les quatre caractéristiques de l'intégration verticale : appartenance à l'Union, spécialisation, organisation et indépendance ont chacune démontré leur apport lors de la crise. La filiation avec l'Union, par les méthodes, a montré une fois de plus que la supranationalité des organes de décision – notamment la majorité au lieu de l'unanimité – permet une prise de décision rapide et efficace. Les voix discordantes au sein du conseil des gouverneurs, et spécifiquement celles d'A. Weber et J. Starck, n'ont pas empêché la BCE d'adapter son cadre opérationnel aux besoins de la crise par le biais des opérations non-conventionnelles, des achats de titres sur le marché secondaire et de la baisse des taux d'intérêt jusqu'à atteindre un plancher inédit en juillet 2012. De même, la BCE a pu s'adapter aux exigences de la crise en augmentant son capital, malgré l'opposition allemande. L'indépendance du système a été cardinale. Fondement de sa crédibilité, elle lui a permis de rassurer les marchés là où les États

¹³⁴⁵ Sur la logique expansive de l'économie et le besoin de régulation, voire d'humanisation, par le droit, voir, FARJAT G., «Système juridique et logique économique» in LOQUIN E. & MARTIN A., *Droit et marchandisation*, Litec, Paris, 2010, pp. 115-136.

membres ne le pouvaient pas. Cependant, la BCE a su s'intégrer dans les mécanismes de résolution de la crise – Conseil européen où elle était fréquemment présente, la troïka, le FESF ou le MES – jusqu'à accepter des décisions parfois à contrecœur, comme le défaut partiel de la Grèce. Sa spécialisation et sa flexibilité lui ont permis de changer son rôle sur le marché monétaire. Depuis le début de la crise, elle assure plus un rôle d'intermédiation entre les banques que de pilotage du taux d'intérêt. La flexibilité de ses instruments lui a permis d'endosser aisément ce rôle. Enfin, son organisation a montré sa solidité. Le rôle, au sein du système, de la BCE s'est accru mais sans que les BCN soient négligées. Elles sont ainsi intégrées au sein de CERS, à côté de la BCE. Elles pourront, demain, endosser un plus grand rôle de supervision prudentielle – micro, macro ? – dans le cadre de l'union bancaire. Encore une fois, le tout est plus que ses parties qui lui sont pourtant indispensables.

La méthode même sort renforcée de la crise. Ainsi, dans le domaine financier, la méthode Lamfalussy a cédé le pas à l'intégration verticale et à la « *naissance d'un système* » - le système européen de surveillance financière – que l'on « *compare déjà au système européen de banques centrales* »¹³⁴⁶. La crise a démontré le besoin d'une méthode plus contraignante dans la supervision micro-prudentielle. Ainsi sont nées trois nouvelles agences : l'Autorité bancaire européenne¹³⁴⁷, l'Autorité européenne des assurances et des pensions¹³⁴⁸ et l'Autorité européenne des marchés financiers¹³⁴⁹. Comme la BCE, elles sont dotées de la personnalité juridique¹³⁵⁰. Ainsi, leur organisation répond aux canons de l'intégration verticale puisqu'elles sont, chacune, dirigées par un conseil des autorités de surveillance qui comprend les membres de toutes les autorités nationales et du président de l'autorité, d'un représentant de la BCE, de la Commission et des deux autres autorités. Seuls les membres nationaux prennent part au vote¹³⁵¹. Le président est : « *un professionnel indépendant à temps plein* » chargé de préparer les réunions et les travaux¹³⁵².

Comme pour la BCE, ce conseil est l'organe de direction et l'organe normatif¹³⁵³. Il vote, dans la plupart des cas, à la majorité simple¹³⁵⁴. Comme le directoire de la BCE, chaque autorité dispose d'un conseil d'administration chargé de la direction de l'organisme¹³⁵⁵. Enfin, les règlements insistent sur l'indépendance des membres de ces instances, et donc de l'autorité, puisqu'ils « *ne sollicitent ni ne suivent aucune instruction des institutions ou*

¹³⁴⁶ SOUSI B., « Banque-notes », *Euredia*, 2010, n° 4, pp. 453-456, ici p. 453.

¹³⁴⁷ Règlement 1093/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), précité.

¹³⁴⁸ Règlement 1094/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), précité.

¹³⁴⁹ Règlement 1095/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), précité.

¹³⁵⁰ Voir l'art. 6 des trois règlements précités.

¹³⁵¹ Voir l'art. 40 des trois règlements précités.

¹³⁵² Voir l'art. 48 des trois règlements précités. Il est assisté d'un directeur exécutif (art. 50).

¹³⁵³ Voir l'art. 43 §1 et §2 des trois règlements précités.

¹³⁵⁴ Voir l'art. 44 §1 des trois règlements précités.

¹³⁵⁵ Voir l'art. 47 des trois règlements précités.

organes de l'Union, des gouvernements des États membres ou d'autres entités publiques ou privées »¹³⁵⁶. De même que les statuts cherchent à dénationaliser la prise de décision au sein du conseil des gouverneurs, les membres des organes des nouvelles autorités doivent agir « *en toute indépendance et objectivité dans le seul intérêt de l'ensemble de l'Union* »¹³⁵⁷. Cette indépendance est renforcée par une autonomie financière puisque les autorités ont leurs propres recettes¹³⁵⁸.

Cependant, la supranationalité de ces autorités est moins grande que celle de la BCE. Les organes de direction, et notamment le conseil, n'ont pas de membres votants propres à l'autorité. Tous sont issus des membres nationaux. La raison s'explique par les tâches confiées à ces autorités. Elles doivent préparer les actes d'exécution adoptés par la Commission¹³⁵⁹. De même, l'organisation interne des systèmes formés par les autorités et leurs membres est moins évoluée que celle de l'Eurosystème. La procédure prévue aux articles 17 des règlements qui les instituent est intéressante. Elle permet à l'autorité de veiller à la bonne application des normes adoptées au niveau de l'Union. Si un des ces membres en dévie, l'autorité, ou un des membres notamment, peut saisir la Commission afin qu'elle agisse en manquement voire, en vertu du paragraphe 7, agir directement, par voie de décision individuelle, sur les acteurs du marché financier concerné.

L'intégration verticale continue à se développer. Il était alors fondamental d'en dégager les traits. Ainsi, son efficacité est conditionnée l'adéquation des qualités du système au secteur¹³⁶⁰. Or, dans le domaine financier, le développement des nouvelles agences n'a pas suffisamment pris en compte l'interpénétration en finance et monnaie. Le projet d'union bancaire, qui verra l'accroissement du pouvoir des Banques centrales en matière prudentielle, démontre clairement que les réalités du marchés imposent les ajustements institutionnels nécessaires. Cependant, union bancaire mise à part, il est évident que l'intégration verticale ne peut être une solution à la crise des dettes souveraines. Elle est par essence technique, voire technocratique, et ne pourrait trouver à s'appliquer dans un domaine aussi sensible que les politiques économiques et budgétaires. Dans le domaine monétaire, ce caractère technocratique, s'il est un gage d'efficacité, est aussi la limite de la méthode qui a été poussée trop loin. Elle aboutit à confier à l'Eurosystème un pouvoir politique discrétionnaire sur lequel le contrôle de la Cour de justice est restreint et le contrôle politique limité. Les réponses à la crise sont cependant européennes et beaucoup demandent une plus grande supranationalité au sein même de l'Union économique. La solution à la crise est une prise de conscience et de décision politique qui dépasse les banquiers centraux, dont le rôle décisif s'est limité à sauvegarder la stabilité du système¹³⁶¹.

¹³⁵⁶ Les règlements insistent sur ce point puisque l'article est répété pour chaque organe de décision : le conseil, le conseil d'administration et le président (respectivement articles 42, 46 et 49 des trois règlements précités).

¹³⁵⁷ *Ibidem*.

¹³⁵⁸ Voir l'art. 62 des trois règlements précités.

¹³⁵⁹ Art. 15 des trois règlements précités.

¹³⁶⁰ Voir *supra* Titre 2 de la Première partie.

¹³⁶¹ Dès l'an 2000, C. Noyer estimait que : « *the task of shaping the future constitutional evolution of the European Union, and of determining its "finalité politique" is a matter for the politicians and the citizens of*

L'Europe : la solution à la crise de la zone euro

La crise de la zone euro n'en finit pas. Les réponses avancées pour la régler définitivement changeraient le visage de l'UEM, voire de l'Union. On comprend alors les résistances des États membres à les adopter. Cependant, leurs actions restent timides mais incrémentales. Chaque nouveau Conseil européen adopte une décision allant plus loin dans l'intégration que le précédent. C'est une nouvelle méthode des petites pas mais accélérée sous la pression des marchés. Mais les marchés ne semblent pas, pour autant, satisfaits par ces résultats¹³⁶². Cette succession de petits pas a même pour effet de « *saper peu à peu la crédibilité des dirigeants européens* »¹³⁶³. En réalité, au-delà des solutions concrètes, il semble qu'un changement radical d'esprit des gouvernements vis-à-vis du processus d'intégration soit nécessaire. Il faut que la zone euro – par la voix de ses dirigeants – affirme son unité et sa détermination face au « *pouvoirs privés économiques* » que représente le marché financier¹³⁶⁴.

La résolution de la crise ne peut passer que par plus d'Europe. Ce ne sont pas seulement des changements institutionnels qui sont nécessaires, mais des évolutions de l'appréhension de l'Europe. La crise a démontré une certaine solidarité puisque les États les plus riches ont accepté de prêter à ceux en difficulté. C'est cependant une solidarité contrainte par l'instabilité des marchés et non une solidarité volontaire entre les membres d'un projet commun¹³⁶⁵. Cette décision aurait même aggravé les choses. Pour J. Bourrinet elle aurait « *suscité rancœur et suspicions entre les États membres de la zone euro* »¹³⁶⁶. Comme le remarque d'ailleurs P. Bérès, « *on a refusé à la Grèce ce qu'on a fait pour les banques (...) parce que dans l'approche allemande, il y avait l'idée qu'il fallait punir la Grèce* »¹³⁶⁷.

La position allemande est aujourd'hui la plus critiquée. De manière caricaturale, dans les années 2000, cet État a fait de nombreux sacrifices pour améliorer sa compétitivité et en tire

2

Europe - and not for central bankers » (NOYER C., « How to combine a deepening and widening of the European Union », 22 novembre 2000).

¹³⁶² « *La méthode des petits pas dans le carcan de l'immuabilité des principes a été continuelle dépassée par le jeu des forces destructrices mais en mouvement depuis l'amorce de la crise grecque fin 2009* », AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, p. 12.

¹³⁶³ PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons*, précité, p. 22.

¹³⁶⁴ L'expression est de G. Farjat (FARJAT G., « Les pouvoirs privés économiques » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 613-661).

¹³⁶⁵ Comme le dit J.-V. Louis : « *Les mécanismes de solidarité ont été mis en place vu l'urgence et au fur et à mesure de l'aggravation de la crise* », LOUIS J.-V., « Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne » in BOUTAYEB C., *La solidarité dans l'Union européenne – Éléments constitutionnels et matériels*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 107-124, ici p. 122.

Sur la solidarité dans la zone euro voir FERNANDES S. & RUBIA E., « Solidarité dans la zone euro : combien, pourquoi, jusqu'à quand ? », *Notre Europe*, Policy paper n°51, 66 p.

¹³⁶⁶ BOURRINET J., « Vers une refondation de la gouvernance économique de la zone euro ? » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 131-153, ici p. 145.

¹³⁶⁷ SOUSI B., « Entretien avec Pervenche Bérès », *Euredia*, 2010, n° 2, pp.165-173, ici p. 170.

aujourd'hui les bénéficiaires mais devrait accepter de le partager avec des États laxistes¹³⁶⁸. Cette vision est fautive pour deux raisons. La première est économique, voire logique. Dans les années 2000, l'essor des exportations allemandes a aussi été financé par le laxisme budgétaire de certains États dans lesquels étaient aussi investis les capitaux ainsi générés¹³⁶⁹. Comme le dit M. Aglietta : « *L'Allemagne fait partie du problème* »¹³⁷⁰. Deuxièmement, elle inscrit la résolution de la crise dans une logique punitive où il faut blâmer les pays ayant fauté¹³⁷¹. Certes, la Grèce a maquillé ses comptes. Ce n'est pas le cas de tous. La situation budgétaire de l'État espagnol était globalement satisfaisante. Il faut un autre visage de la solidarité qui intègre l'idée d'un destin partagé des États de la zone euro et cherche à sauvegarder leurs différences.

D'un point de vue économique, le modèle de l'Allemagne est exportateur et elle réalise les deux tiers de ses exportations avec la zone euro¹³⁷². Si d'aventure les pays de la zone s'alignent sur une telle politique ou qu'ils subissent une austérité trop violente et cessent d'importer, la zone court à sa perte et l'Allemagne perd ses débouchés¹³⁷³. D'autant que les pays ne se ressemblent pas et ne peuvent se voir appliquer les mêmes politiques¹³⁷⁴. Certains voient même dans la crise l'échec de la vision ordolibérale, où la logique punitive joue une place centrale. Ainsi, pour M. Aglietta : « *Selon la logique propre à l'ordo-libéralisme, les autorités allemandes font le diagnostic selon lequel, si le pacte a échoué, c'est parce que les règles n'étaient pas assez contraignantes. On va donc en rajouter pour bloquer les comportements déviants. Ce faisant, on paralyse toute flexibilité dans la réponse aux chocs économiques pouvant affecter un pays* »¹³⁷⁵. Pour J. Habermas : « *l'idée s'impose enfin de l'échec du rêve ordolibéral, et de ses critères de stabilité librement définis auxquels devraient se conformer les budgets nationaux des États membres* »¹³⁷⁶.

Sans aller aussi loin dans le diagnostic, il est certain qu'une autre vision doit être trouvée, qui passe par un renforcement de la solidarité ainsi qu'une reconnaissance et une gestion de la

¹³⁶⁸ « *Les Allemands ont l'impression que leurs partenaires ont triché et qu'on leur demande maintenant à la fois de payer pour les fautes des autres, de changer les règles pour couvrir ces manquements et de s'engager plus en avant encore dans une solidarité dont ils ne voient pas les limites* », PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons*, précité, p.10.

Voir aussi FERNANDES S. & RUBIA E., « Solidarité dans la zone euro : combien, pourquoi, jusqu'à quand ? », précité, pp. 29-32.

¹³⁶⁹ « *la crise vient finalement de l'interaction entre la dérive du système financier privé et une polarisation des structures productives qui fait diverger de plus en plus les pays excédentaires (l'Allemagne et quelques satellites) et les pays déficitaires (tous les autres)* », AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, p. 12.

¹³⁷⁰ *Ibidem*.

¹³⁷¹ Pour J. Habermas, la chancelière allemande A. Merkel fait « *une fixation sur les sanctions* », HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, Gallimard, précité, p. 10.

¹³⁷² Voir AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, p. 86.

¹³⁷³ « *Si l'Allemagne impose à ses partenaires de lui ressembler, elle n'a aucune chance de substituer d'autres marchés dans le reste du monde à l'échelle de ce qui est nécessaire pour maintenir son emploi industriel* », *ibidem*.

¹³⁷⁴ « *En s'appuyant sur les exportations et non sur la demande intérieure, l'Allemagne a choisi un modèle cohérent avec sa démographie. Les pays comme l'Espagne, la Grèce ou le Portugal n'ont pas les mêmes besoins.* », *idem*, pp. 94-95.

¹³⁷⁵ *Idem*, p. 114.

¹³⁷⁶ HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, précité, p. 13.

diversité de la zone euro¹³⁷⁷. Or, le biais par lequel la diversité est gérée depuis les années cinquante dans l'Union est la méthode communautaire. Seule cette dernière, grâce au dosage d'autorité supranationale et de négociation intergouvernementale, permet d'accommoder l'unité et la diversité. Il convient aujourd'hui d'y ajouter le parlementarisme afin de s'assurer de la légitimité et de l'acceptabilité des décisions prises. Tout conduit à un retour à cette méthode.

Les solutions trouvées jusqu'ici ne sont pas satisfaisantes. En premier lieu, les mécanismes de solidarité – FESF et MES – ne disposent pas d'assez de moyens pour assurer un sauvetage de grande ampleur de la zone euro¹³⁷⁸. Leurs prêts sont conditionnés au respect de conditions drastiques posées par l'Union qui imposent aux États d'assurer l'austérité. Celle-ci peut avoir des effets bénéfiques, mais elle ne convient pas à la situation actuelle de la zone euro¹³⁷⁹. Enfin, l'austérité, qui risque de toucher les populations les plus fragiles, fait courir un risque d'acceptabilité par celles-ci¹³⁸⁰. Les mécanismes adoptés dans le cadre de l'Union économique ne sont guère plus contraignants que leurs prédécesseurs. Le semestre européen¹³⁸¹ renforce la coordination des politiques budgétaires, mais au sein même du Conseil. C'est lui qui devra adopter des orientations à l'intention des États membres lorsqu'ils présenteront leurs perspectives budgétaires¹³⁸². En cas de non respect, c'est toujours lui qui devra adopter les mesures de sanction. La procédure est cependant modifiée puisque la majorité qualifiée est inversée et la sanction est automatique, à moins que la majorité qualifiée du Conseil n'en décide autrement¹³⁸³. Un rôle crucial est toujours confié au Conseil. Le « *pacte pour l'euro* »¹³⁸⁴ de mars 2011 renforce, quant à lui, la place des chefs d'État ou de

¹³⁷⁷ « *La question de l'UE, et plus encore pour la zone euro, n'est pas tant de savoir comment forcer l'ensemble à devenir plus homogène que d'apprendre à gérer l'hétérogénéité des situations nationales* », CROZET M., « Les défis de l'hétérogénéité de l'Union européenne », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp 33-39, ici p. 38.

¹³⁷⁸ M. Aglietta rappelle que le FESF peut prêter 440 milliards, que 119 milliards ont été prêtés à la Grèce, l'Irlande et le Portugal et que ce qui reste ne peut permettre le sauvetage de l'Espagne ou de l'Italie (AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, p. 62, voir aussi PISANI-FERRY J, *Le réveil des démons*, précité, p. 69).

¹³⁷⁹ « *L'austérité, si elle est menée uniquement dans une logique comptable – à savoir indépendamment de la nature des recettes et des dépenses – risque d'enclencher un cercle vicieux (...). L'austérité, combinée à la faiblesse de la demande privée, provoque une baisse de la production qui peut aller jusqu'à annuler les gains budgétaires espérés, voire même jusqu'à aggraver le déficit. C'est ce qui s'est passé en Grèce et au Portugal, et c'est ce cercle vicieux qui menace maintenant l'Espagne* », AGLIETTA M., « L'austérité est-elle la solution à la crise », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp 79-84, ici p. 79-80. Voir aussi, d'un point de vue plus concret : GATINOIS C., « Grèce : souffrance sans récompense », *Le Monde (supplément éco&entreprise)*, 13 juin 2012, p. 6.

¹³⁸⁰ Pour J.-V. Louis, l'austérité « *est tenable (...) si elle est équitable. Même si les auteurs des plans ne manquent pas d'insister sur la prise en considération des plus déshérités, des doutes s'élèvent quant à la justice distributive observée dans l'imposition des sacrifices demandés* », LOUIS J.-V., « Editorial », *CDE*, 2011 n° 2, pp. 353-367, ici p. 362.

¹³⁸¹ Adopté par le Conseil européen le 17 juin 2010 en même temps que la stratégie Europe 2020. Il trouve dorénavant sa base juridique dans l'article 2 bis du règlement 1466/97 tel que modifié par le *six pack* (Règlement (UE) n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 12-24).

¹³⁸² *Idem*, art. 2 bis §3.

¹³⁸³ Art 4 §2 du règlement (UE) 1173/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 1-7.

¹³⁸⁴ Voir conclusion des Chefs d'État ou de gouvernement de la zone euro du 11 mars 2011.

gouvernement qui devront annuellement prendre « *des engagements nationaux concrets* » dont ils assureront le « *suivi annuel* »¹³⁸⁵. La dernière pierre de cet édifice composite est le traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance. Ce « *monstre juridique* »¹³⁸⁶ est un hybride de droit international et de droit de l'UE. Il prévoit, pour ses signataires, des procédures plus contraignantes pouvant aller jusqu'à la condamnation d'un État par la Cour de justice sur proposition d'un État membre, après un premier arrêt constatant qu'un État membre ne respecte pas le traité¹³⁸⁷. Le traité prévoit aussi la mise en place par les États membres de mécanismes automatiques de correction dans le cas où un État diverge de ses engagements.

Ces instruments privilégient grandement la méthode intergouvernementale, ou au moins donne un rôle crucial au Conseil et aux États qui restent les seuls habilités à adopter des sanctions. Face à cela, J. Bourrinet s'interroge : « *les impératifs de la stabilité financière de la zone euro peuvent-ils être garantis par les arrangements entre amis, qui prévalent trop souvent dans les instances européennes ?* »¹³⁸⁸. D'autant que l'empilement de ces textes pose, outre des problèmes de crédibilité pour les institutions qui en adoptent un par semestre¹³⁸⁹, de réels problèmes de sécurité juridique. Le TSCG n'est pas un traité communautaire, avec son adoption qu'advient-il du pacte pour l'Euro, comment assurer la compatibilité entre les dispositions du *six pack* et le TSCG et surtout : comment s'y retrouver dans tous ces textes ? La démarche manque cruellement de rationalité. Mais surtout, elle reste basée sur la même logique de rigidité des engagements et de sanction. Aucune solidarité ne transparait. L. Azoulay pointe le problème du doigt : « *En exagérant un peu, on pourrait dire qu'on est en train de faire de l'UE une structure vouée à la punition des États membres ; ces derniers étant constamment supposés échouer dans leurs performances économiques, ils sont constamment sous la pression de rapports, d'observation, de surveillance et de sanction* »¹³⁹⁰. Enfin, le choix de la méthode intergouvernementale dans une matière aussi cruciale que la souveraineté budgétaire renforce inévitablement le déficit démocratique¹³⁹¹.

¹³⁸⁵ *Idem*, annexe I.

¹³⁸⁶ Il s'agit de l'opinion de L. Azoulay : « *I think that the Fiscal Compact Treaty is a monster. There are many reasons why we can label this text a legal monster: it is poorly drafted; it does not fit with the body of EU law or at least there is some inconsistency there, which is an important question; and it risks to undermine the idea of the European Union* » in KOCHAROV A. (Ed) « Another legal monster ? An EUI debate on the fiscal compact treaty », *EUI Working Papers*, Law 2012/09, 31 p..

¹³⁸⁷ Art. 8 TSCG.

¹³⁸⁸ BOURRINET J., « Vers une refondation de la gouvernance économique de la zone euro ? », précité, p. 151.

¹³⁸⁹ J.-V. Louis s'interroge : « *Comment espérer l'efficacité de démarches qui se contredisent sans vergogne sous la pression de ce que les dirigeants croient comprendre comme étant le vœu des marchés* », LOUIS J.-V., « Editorial », précité, p. 357.

¹³⁹⁰ « *Notice how all the new measures go into the same direction, which is to impose sanctions on the member states. To exaggerate a bit, one could say that we are turning EU law into a structure of punishment of the member states; member states are constantly supposed to fail in economic performance, they are constantly under the pressure of reporting, monitoring, surveillance, sanctions.* » AZOULAI L. in KOCHAROV A. (Ed) « Another legal monster ? An EUI debate on the fiscal compact treaty », précité.

¹³⁹¹ Pur J. HABERMAS, avec les « *accommodements conclus dans l'opacité, et dépourvus de forme juridique (...) imposés à l'aide de menaces de sanctions et de pressions sur les parlements nationaux dépossédés de leur pouvoir* », les « *chefs de gouvernement transformeraient de la sorte le projet européen en son contraire : la première communauté transnationale démocratiquement légalisée deviendrait un arrangement particulièrement effectif, parce que voilé, d'exercice d'une domination post-démocratique* », HABERMAS J., « L'Europe

En réalité, comme le dit J.-V. Louis : « *L'Union a besoin d'un gouvernement à temps plein, dont le président devrait entretenir des rapports étroits, à définir, avec le Parlement européen. Et celui-ci devrait collaborer avec les Parlements nationaux* »¹³⁹². Elle a besoin de démocratiser l'union économique et de faire des budgets nationaux un enjeu politique européen. Ce pas décisif est l'apanage du Conseil européen. Or, les chefs d'État ou de gouvernement manquent, à la fois, du courage politique pour le faire¹³⁹³ et de la volonté d'abandonner une part de leurs prérogatives. Pour cela, « *Il faut arrêter le concours Lépine institutionnel qu'on a instauré depuis Maastricht* » et « *arrêter de détricoter la méthode communautaire au profit de bricolages qui ne marchent pas* »¹³⁹⁴. Ce n'est pas une question politique, mais un choix « *pragmatique* »¹³⁹⁵. D'autant que les conditions économiques imposent de faire ces choix¹³⁹⁶. Une telle avancée serait salubre pour l'Union dans son ensemble. Son système institutionnel est toujours en quête d'un équilibre, entre l'affirmation du Conseil européen, la nécessité du développement d'une démocratie supranationale et le rôle grandissant des agences, et surtout d'un « *second souffle* »¹³⁹⁷.

D'ailleurs, la solution proposée dans de nombreux forums, le recours aux *eurobonds* impose une telle avancée. Les études menées sur la faisabilité et l'apport de ces instruments ne se soucient guère des questions institutionnelles et de légitimité. Il s'agit surtout de trouver la meilleure technique d'émission de ces instruments afin de ménager les susceptibilités des États membres. Ainsi, la Commission propose trois scénarii¹³⁹⁸. Le premier substitue toutes les émissions nationales par des émissions communes¹³⁹⁹. Cette option aurait pour conséquence un fort aléa moral. La seconde est plus efficace. Elle combine les obligations de stabilité (dites bleues) qui ne pourraient être émises que dans une certaine limite, 60% du PIB. Au-delà de ce seuil, les États devraient se financer eux mêmes par le biais d'obligations nationales (obligations rouges)¹⁴⁰⁰. La dernière approche, la plus facile à mettre en place mais la moins bénéfique, reprend le schéma de la seconde mais laisse aux États le soin d'émettre

2

paralysée par l'effroi – la crise de l'Union européenne à la lumière d'une constitutionnalisation du droit international public », précité, p. 146.

¹³⁹² LOUIS J.-V., « Editorial », précité, p. 361.

Il faut noter l'engagement de J.-C. Trichet qui a multiplié les propositions de réformes de l'union monétaire en fin de mandat (voir, TRICHET J.-C., « Construire l'Europe, bâtir ses institutions », 2 juin 2011).

¹³⁹³ « *Tous les gouvernements concernés ont jusqu'ici manqué de courage ; pris en porte-à-faux entre, d'un côté, les impératifs des grandes banques et des agences de notation, et, de l'autre, la crainte de voir leurs propres populations excédées les priver sans tarder de toute légitimité, ils gesticulent d'impuissance. Se réfugier, sans boussole, dans la politique des « petits pas » ne trahit jamais qu'une seule chose : l'absence de toute perspective d'envergure* », HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, précité, p. 69.

¹³⁹⁴ LAMY P., « Pourquoi l'Euro ? », précité, p. 20.

¹³⁹⁵ « *Le retour à la méthode communautaire n'est pas non plus une question de philosophie institutionnelle ; il s'agit simplement d'être suffisamment pragmatique pour regarder dans le passé ce qui a marché et ce qui n'a pas marché* », *ibidem*.

¹³⁹⁶ Voir FITOUSSI J.-P., « Nous avons été trop loin économiquement pour pouvoir piétiner politiquement », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp 70-75.

¹³⁹⁷ Voir, MEHDI R., « Les aspects institutionnels de la constitution économique européenne », précité, (citation, p. 35).

¹³⁹⁸ Commission européenne, Livre vert sur la faisabilité d'obligations de stabilité, COM(2011) 818final, 23 novembre 2011.

¹³⁹⁹ *Idem*, pp. 14-16.

¹⁴⁰⁰ *Idem*, pp. 16-20.

les obligations de stabilité¹⁴⁰¹. Les propositions de la Commission s'inspirent de nombreux travaux sur cette question¹⁴⁰². Toutes ces contributions abordent les questions institutionnelles sous l'angle des mesures de coordination budgétaire indispensables à la mise en place des obligations. Parmi celles-ci, on trouve l'idée de mise en place d'une ministre des finances de la zone euro¹⁴⁰³.

Les *eurobonds* représentent pourtant une avancée symbolique cardinale dans l'intégration européenne. Ils aboutissent à rendre tous les citoyens membres de la zone euro responsables pour les dettes contractées par les autres États membres. L'acceptabilité d'une telle mesure ne peut se faire que par l'intervention du Parlement européen. Plus largement, afin de garantir la légitimité de l'union économique, il faut s'assurer de la participation des citoyens – par le biais du parlement européen – au processus de coordination budgétaire¹⁴⁰⁴. Ainsi, R. Biber propose que les GOPE soient adoptées sous la forme de directives selon la procédure législative ordinaire. Un tel mécanisme permet un réel débat de fond sur les choix sociaux fondamentaux qu'elles contiennent¹⁴⁰⁵. Pour J. Habermas, l'implication du Parlement européen est indispensable : « *Une coordination efficace des politiques économiques doit entraîner un renforcement des compétences du Parlement de Strasbourg* »¹⁴⁰⁶. La crise offre donc l'occasion de donner corps à la citoyenneté de l'Union, et ainsi, d'accroître la légitimité de l'Union.

La résolution de la crise et l'avancée vers une citoyenneté européenne

L'euro est la monnaie européenne mais pas réellement la monnaie des européens. Les citoyens n'ont pas totalement investi leur nouvelle monnaie. La crise, injustement surnommée crise de l'euro¹⁴⁰⁷, les éloigne encore plus de ce symbole de l'unité européenne. Sa résolution doit être l'occasion d'en faire réellement un symbole mimétique dans lequel les citoyens peuvent se reconnaître comme membres d'une communauté de destins.

La monnaie européenne a une forte portée symbolique. Elle scelle la communion des destins européens. Pourtant, les citoyens ne l'ont pas investie ainsi. La monnaie européenne n'a pas

¹⁴⁰¹ *Idem*, pp. 20-22.

¹⁴⁰² Voir notamment, pour un résumé des différentes propositions : CLAESSENS S., ASHOKA M. & VALLEE S., « Paths to Eurobonds », *Bruegel Working Paper*, 2012/10 ; de GRAUWE P., « The Governance of a Fragile Eurozone », précité, p. 14-15 ; FRANKEL J., « Could Eurobonds be the answer to the crisis? », *vox.eu*, 27 juin 2012 ; FERNANDES S. & RUBIA E., « Solidarité dans la zone euro : combien, pourquoi, jusqu'à quand ? », précité.

¹⁴⁰³ Voir CLAESSENS S., ASHOKA M. & VALLEE S., « Paths to Eurobonds », précité, qui envisagent plusieurs cas qui aboutissent tous à la mise en place d'une telle fonction.

¹⁴⁰⁴ Ainsi M. Aglietta estime qu'il « faut développer {le mécanisme des programmations budgétaires pluriannuelles} en y intégrant le Parlement européen, qui devra émettre des recommandations sur les différents scénarios examinés, puis le Conseil européen qui fera des arbitrages s'imposant aux pays dans l'élaboration de la loi de finance à venir », AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, précité, pp. 121-122.

¹⁴⁰⁵ BIEBER R., « Observer – Policing – Pilot? On lacunae of legitimacy and the contradictions of financial crisis management in the European Union », *EUI Working Papers*, Law 2011/16, 11 p., ici p. 9.

¹⁴⁰⁶ HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, précité, p. 44. Voir aussi p. 54.

¹⁴⁰⁷ Voir DEBARD T., « "Touche pas à mon euro" : quelques réflexions sur la prétendue crise de l'euro, l'endettement des États souverains et le déficit de l'Union européenne », précité.

engendré un mouvement fort d'identification au projet européen¹⁴⁰⁸. La crise aggrave la situation. Or, pour M. Aglietta et A. Orléan, « *l'institution de la monnaie est donc bien le moment décisif de la socialisation* »¹⁴⁰⁹. A la suite de R. Girard, ils voient dans la monnaie le moyen de résoudre les rivalités mimétiques des sociétés. Chacun désirant ce qu'a l'autre, la socialisation ne peut s'opérer que lorsque la violence est canalisée par un médium¹⁴¹⁰. Pour eux, ce médium est la monnaie. Déjà pour M. Weber, « *la monnaie est en premier lieu un moyen de combat et une récompense* »¹⁴¹¹. Le rôle de la monnaie est alors limité au système économique.

Or, l'euro n'a pas joué ce rôle de socialisation. Il s'est contenté de remplacer les monnaies existantes sans en prendre la portée symbolique. En réalité, il aurait été naïf d'en attendre plus d'une monnaie émise par une organisation dont les fondements, les buts et les actions restent majoritairement économiques. Aujourd'hui, l'Union a remplacé les communautés et les fins économiques ont été reléguées dans l'ordre de ses objectifs. Cependant, il faut convenir avec L. Azoulai qu'elle est « *assimilée aux processus les plus désocialisant de la mondialisation : libéralisation économique, délocalisation, dégradation des conditions de vie, ouverture non contrôlée des frontières, standardisation culturelle* »¹⁴¹². L'Union est face à une crise politique qui est « *une crise de la perception* »¹⁴¹³. Ses causes sont simples. Pour P. Lamy : « *La vérité étant que l'Europe n'a pas de mythologie* » alors « *Un narratif commun pour le futur n'est pas facile quand on n'a pas conscience d'une histoire commune pour le passé* »¹⁴¹⁴. Dans un tel contexte, l'irruption d'un symbole aussi fort que l'euro ne peut pas avoir de portée. La monnaie reste assimilée au moyen d'échange d'une communauté de marchands. L'euro ne pourra être l'expression de l'unité des peuples européens que lorsqu'il aura été renforcé par un développement d'une citoyenneté politique européenne¹⁴¹⁵.

L'instauration, par le traité de Maastricht, de la citoyenneté européenne n'a pas permis une résolution de la crise de représentation qui frappe l'Union. Le versant juridique de la crise ne se développe que dans les domaines qui entretiennent le déficit d'image de l'union et notamment la libre circulation¹⁴¹⁶. Il faut ainsi continuer le mouvement amorcé vers « *la fin*

¹⁴⁰⁸ Sur ce thème, voir pour une approche économique de la question : KEONIG G., *L'Euro vecteur d'identité européenne*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2002, 333 p..

¹⁴⁰⁹ AGLIETTA M. & ORLEAN A., *la violence de la monnaie*, précité, ici p. 41.

¹⁴¹⁰ « *la violence essentielle se transforme en contrainte monétaire* », idem, p. 45.

¹⁴¹¹ WEBER M., *Économie et société – Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, précité, p. 159.

¹⁴¹² AZOULAI L., « La crise politique » in BLUMANN C. & PICOD F., *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, Bruxelles, 2010 p. 143-161 ici p. 149. Il rajoute « *Il importe peu de savoir si la critique est juste. Telle est la réalité perçue et socialement ancrée, qui rend vaine toute démonstration contraire* », idem.

¹⁴¹³ *Ibidem*.

¹⁴¹⁴ LAMY P., « Pourquoi l'Euro ? », précité, p. 16 et 19. Pour L. Azoulai, il manque « *une profond ancrage historique et social* » (AZOULAI L., « La crise politique », précité, p. 148).

¹⁴¹⁵ V. Michel estime ainsi que : « *Pour que l'UEM et en particulier l'euro contribuent à l'identité européenne il faut tout d'abord que les mécanismes institués soient efficaces pour que cette identité s'épanouisse. Par ailleurs, il faut que l'euro soit perçu comme un élément de cette identité* », MICHEL V., « L'Union économique et monétaire ; approfondissement de la constitution économique communautaire », précité, p. 216, sur ce thème voir pp. 211-219.

¹⁴¹⁶ Voir AZOULAI L., « Constitution économique et citoyenneté européenne », *RIDE*, 2011 n° 4, pp. 543-557 (plus précisément p. 548-551).

du tout marché »¹⁴¹⁷. Ensuite, la citoyenneté politique – et notamment le droit de vote à l'élection des députés du Parlement européen – n'a pu se développer en l'absence de véritable débat politique européen. Les enjeux restent nationaux et ainsi l'élection de Parlement n'en est pas un. Les dépendances économiques ne sont pas devenues des questions politiques d'ampleur européenne et « nous n'avons pas été capables de remplacer les politiques nationales par des politiques européennes dans les domaines où il faudrait le faire »¹⁴¹⁸. Il faut aujourd'hui investir la citoyenneté européenne de ces questions et la réforme de l'union économique et monétaire est la parfaite occasion¹⁴¹⁹.

J. Habermas plaide pour un dédoublement de la citoyenneté. Le pouvoir constituant s'est dédoublé pour fonder l'Union¹⁴²⁰ et exige un dédoublement du rôle des citoyens. Ainsi, « au niveau européen, le citoyen doit pouvoir, en même temps et dans la même mesure, former son jugement et décider politiquement, non seulement en tant que citoyen de l'Union, mais encore en tant que ressortissant du peuple d'un État nation particulier »¹⁴²¹. Pour cela, il propose de faire découler la nomination de la Commission à la fois du Parlement et du Conseil, dépositaires chacun d'une légitimité de ces deux faces de la citoyenneté¹⁴²². Ce mécanisme permet alors de « formuler la nouvelle identité européenne » telle que l'envisage E. Morin¹⁴²³. Or, « la nouvelle identité est l'identité pluraliste »¹⁴²⁴. Il faut briser le mythe de l'unité européenne que l'intergouvernementalisme salvateur de la crise cherche à imposer pour accepter la pluralité démocratique¹⁴²⁵. La crise de la zone euro est née de la diversité des États et ne pourra se résoudre qu'avec son acceptation politique¹⁴²⁶. Le débat d'idée ne ruinera pas la projet européen, il le catalysera¹⁴²⁷. Il n'y a pas de « vérité transcendantale », au contraire la démocratie doit « permettre aux diverses vérités politiques de s'exprimer, se confronter, s'affronter en se respectant, c'est à dire en respectant la règle démocratique »¹⁴²⁸. Ainsi, la

¹⁴¹⁷ Voir KARPENSCHIF M., « La fin du tout marché ? » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 309-328.

¹⁴¹⁸ « We have not been able to internalize in our national politics the interdependence that we have in the European Union. Because we have not internalized this interdependence, national politics operates in a way that provides wrong incentives for national action at European level. We have not been able to replace national politics in areas where we should by European politics » (MADURO M. in KOCHAROV A. (Ed) « Another legal monster ? An EUI debate on the fiscal compact treaty », précité).

¹⁴¹⁹ D'autant que la structure actuelle du « gouvernement économique » ne favorise pas la polarisation du public sur des « décideurs » (MICHEL V., « L'Union économique et monétaire ; approfondissement de la constitution économique communautaire », précité, p. 217).

¹⁴²⁰ HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, précité, pp. 84-91.

¹⁴²¹ *Idem*, p. 98.

¹⁴²² *Idem*, p. 103-104.

¹⁴²³ MORIN E., *Penser l'Europe*, précité, p. 216.

¹⁴²⁴ *Idem*, p. 217.

¹⁴²⁵ « Dans l'optique démocratique, la pluralité n'est pas une anomalie, mais un phénomène naturel et utile », *idem*, p. 235.

¹⁴²⁶ Pour J. Piani-Ferry : « Le débat démocratique sur les réponses à la crise de l'euro n'est pas seulement politiquement nécessaire. Il est économique et financièrement indispensable », PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons*, précité, p. 12.

¹⁴²⁷ Pour J. Habermas, le « fédéralisme exécutif » instauré par les nouveaux mécanismes de l'union économique exprime : « la crainte des élites politiques, d'inverser les pôles et de permettre que le projet européen, jusque là négocié à huis clos, le soit désormais au grand jour, sur le mode informel d'un conflit d'opinion se déroulant dans le bruit et la fureur des arguments », HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, précité, p. 71.

¹⁴²⁸ MORIN E., *Penser l'Europe*, précité, p. 247.

coordination des budgets nationaux doit se faire sous la double légitimité du Parlement européen et des Parlements nationaux. Devant le premier, doivent être débattues les grandes orientations budgétaires de la zone euro, expression de l'unité de destin induite par l'union monétaire, et devant les seconds seront adoptées les budgets nationaux en accord avec les exigences de l'ensemble de la zone. L'euro pourra alors prendre sa pleine puissance symbolique¹⁴²⁹. Après tout, une pièce en euro résume cette dialectique avec une face commune à l'ensemble des États membres et une face nationale, une face pour exprimer l'unité de l'Europe et une pour exprimer les spécificités nationales. Dans sa conception même, la monnaie qui circule quotidiennement dans les mains des citoyens de la zone euro retient l'essence du projet européen.

¹⁴²⁹ Pour J.-C. Trichet, il symbolise : « *l'unité profonde des européens* », TRICHET J.-C., « Keynote speech at the Académie des Sciences Morales et Politiques », précité.

Bibliographie

Union Européenne :

Manuels :

- BLUMANN C. & DUBOUIS L., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 4^{ème} Ed., Litec, Paris, 2010, 828p.
- BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 657p.
- CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'étude juridique de la nature des Communautés*, LGDJ, Paris, 1974, 492p.
- GAUTRON J.-C., *Droit européen*, 14^{ème} Ed., Dalloz, Paris, 2012, 346p.
- ISAAC G. & BLANQUET M.,
 Droit général de l'Union européenne, 9^{ème} Ed., Sirey, Paris, 2006, 539p
 Droit général de l'Union européenne, 10^{ème} Ed., Sirey, Paris, 2012, 768p.
- JACQUE J.P., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^{ème} Ed., Dalloz, Paris, 757p
- LOUIS J.-V. & RONSE T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing & Lichtenhahn / Bruylant / L.G.D.J., 2005, 458p.
- MARIATTE F. & RITLENG D., *Contentieux de l'Union européenne – 1, Annulation, exception d'illégalité*, Lamy, Rueil Malmaison, 2011, 390 p
- PERTEK J., *Droit des institutions de l'Union européenne*, 2^{ème} Ed., PUF, Paris, 2006, 440p.
- van RAEPENBUSCH S., *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2011, 781p.
- SIMON D., *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 2001, 779p.

Thèses et monographies :

- AZOULAY L., *Les garanties procédurales en droit communautaire – Recherches sur la procédure et le bon gouvernement*, Thèse dactylographiée, Institut Universitaire Européen, Florence, 2000, 636 p.
- BERNARD E., *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 643p.
- BLANQUET M., *L'article 5 du traité CEE – Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, LGDJ, Paris, 1994, 502p.
- BLUMANN C., *La fonction législative communautaire*, LGDJ, Paris, 1995, 175p.
- CASTOR C., *Le principe démocratique dans le droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2011, 524p.
- CLERC O., *La gouvernance économique de l'Union européenne après l'établissement de la zone Euro – Recherches sur l'intégration par la différenciation dans la construction européenne*, Thèse dactylographiée, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2009, 657p

- CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'études de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974, 492p.
- DAOUD-RUMEAU MAILLOT H., *Les autorités de régulation dans le domaine bancaire et financier – Vers la mise en œuvre d'un cadre institutionnel européen*, Thèse Lyon 3, Version électronique dactylographiée, 387p.
- KARPENSCHIF M., *Le contrôle communautaire des aides publiques nationales*, Thèse Lyon 3, Version dactylographiée, 774p.
- LE BAUT-FERRARESE B, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse Lyon 3, 1996, Version dactylographiée, 868p.
- GUILLOUD L., *La loi dans l'Union européenne – Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration*, LGDJ, Paris, 2010, 589p.
- LEFEVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, Bruylant, Bruxelles, 2005, 552p.
- LOUIS J.-V., *Le règlement de la Communauté économique européenne*, Presses universitaires de Bruxelles, Bruxelles, 1969, 517p.
- MAJONE G., *La Communauté européenne : un État régulateur*, Montchrestien, Paris, 1996, 158p.
- MONJAL P-Y, *Recherches sur la hiérarchie des normes communautaire*, LGDJ, Paris, 2000, 629 p.
- MICHEL V., *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, Paris, 2003, 704p
- MORAND C-A, *La législation dans les Communautés européennes*, LGDJ, Paris, 1968, 310p.
- PARTSCH P-E, *Droit bancaire et financier européen*, Larcier, Bruxelles, 2009, 1086p.
- PESCATORE P.,
Le droit de l'intégration – Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes, Sitjhoff-Leiden, 1972 réimpression Bruylant, Bruxelles, 2005, 100p.
L'ordre juridique des Communautés européennes – Etude des sources du droit communautaire, Bruylant, Bruxelles, 2006 réimpression de l'ouvrage publié aux Presses Universitaires de Liège, 1975, 316p.
- RICHER L., *L'Europe des marchés publics*, LGDJ, Paris, 2009, 393p.
- RIDEAU J., *Droit institutionnel de l'Union européenne 6^{ème} Ed.*, LGDJ, Paris, 2010, 1464p.
- ROLAND S., *Le triangle décisionnel communautaire à l'aune de la théorie de la séparation des pouvoirs – Recherches sur le distribution des pouvoirs législatifs et exécutifs dans la Communauté*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 722p.
- SAURON J.-L., *Droit communautaire et décision nationale : le processus décisionnel national dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit communautaire*, LGDJ, Paris, 1998, 211p.
- SCHWARZE J., *Droit administratif européen*, 2^{ème} Ed., Bruylant, Bruxelles, 2009, 1631p.
- SOLDATOS P., *Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique*, Bruylant, Bruxelles, 1989, 305p.
- SOUSI B., *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995, 587p.

Ouvrages collectifs :

AUBY J.-B. et DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 1122p.

DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, 371 p.

HOFMANN E.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, 397p.

MOSER P. & SAWYER K., *Making Community Law – The Legacy of Advocate General Jacobs at the European Court of Justice*, Edward Elgar, Cheltenham UK – Northampton MA USA, 2008, 269p.

SIMON D. & CONSTANTINESCO V. (dir), *Le COREPER dans tous ses états*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2000, 148p.

Articles de revues :

ARMSTRONG K.A., « Legal Integration: theorizing the Legal Dimension of European Integration », *JCMS*, 1998, Vol. 36 n°2, pp. 155-174

ASSO B., « Le contrôle de l'opportunité de la décision économique devant la Cour européenne de justice », *RTDE*, 1976, n°1, pp. 21-50 et n°2pp. 177-193.

AZOULAI L.,

« Autonomie et Antinomie du droit communautaire : La norme communautaire à l'épreuve des intérêts et droits nationaux », *LPA*, 5 octobre 2004, n°199, pp. 4

« Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTDE*, 2008, n° 44/1, pp. 29-45

« Constitution économique et citoyenneté européenne », *RIDE*, 2011 n° 4, pp. 543-557

BEAUD O., « La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht – Remarques sur la méconnaissance de la limitation de la révision constitutionnelle », *RFDA*, 1993, Vol. 0 n° 6, pp. 1045-1068

BELLESCIZE D., « L'article 169 du traité de Rome, et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des états membres », *RTDE*, 1977, pp. 173-231

BLOM-HANSEN J. & BRANDSMA G.J., « The EU Comitology System: Intergovernmental Bargaining and Deliberative Supranationalism? », *JCMS*, 2009, Vol. 47 n° 4, pp. 719-740

BLUMANN C.,

« Le pouvoir exécutif de la commission à la lumière de l'Acte unique européen », *RTDE*, 1988, pp. 23-59

« Un nouveau départ pour la comitologie », *CDE*, 2011 n°1, pp. 23-52

BOUCOBZA I., « La coadministration dans la production des normes juridiques communautaires », *Droit Administratif*, 2004, n° 12, pp.7-13

de BURCA G., « Rethinking law in neofunctionalist theory », *JEPP*, 2005, Vol. 12 n°2, pp. 310-326

BURLEY A-M & MATTLI G., « Europe Before the Court: a political Theory of Legal Integration », *International Organization*, 1993, Vol. 47 n°1, pp. 41-76

CAHIER P.,

« Le recours en constatation de manquement des États membres devant la Cour des Communautés européennes », *CDE*, 1967, pp. 123-161

- « Les articles 169 et 171 du traité instituant le Communauté économique européenne à travers la pratique de la Commission et la jurisprudence de la Cour », *CDE*, 1974, pp. 3-35
- CAUNES K., « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... Retour vers le futur de la comitologie », *RTDE*, 2007 n°2, pp. 297-346
- CHITIE.,
 « The emergence of a community administration: the case of European Agencies », *CMLR*, 2000, pp. 309-343
 « Decentralisation and Integration into the Community Administration: a New Perspective on European Agencies », *ELJ*, 2004, Vol. 10 n°4, pp. 402-438
- CONSTANTINESCO L-J, « La constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, pp. 244.
- CRAIG P.P., « Democracy and Rule-making within the EC: An Empirical and Normative Assessment », *ELJ*, 1997, Vol. 3 n° 2, pp. 105-130
- DEHOUSSE R.,
 « Regulation by networks in the European Community: the role of European agencies », *JEPP*, 1997, Vol.4 n°2, pp. 246-261
 « European institutional architecture after Amsterdam: Parliamentary system or regulatory structure? », *CMLR*, 1998, Vol. 35, pp. 595-627
 « L'Europe par le droit », *Critique internationale*, 1999, n° 2, pp. 134-150
- DUBEY. B, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE*, 2003 Vol. 69, pp. 87-133
- DUBOUT B., « L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux Le "bateau ivre" a-t-il sombré ? », *RTDE*, 2010 n°2, pp. 277-296.
- EGEBERG M., « L'administration de l'Union européenne : niveaux multiples et construction d'un centre », *RFAP*, 2010, n° 133, pp. 17-26
- EVERSON M., « Independent Agencies: Hierarchy Beaters? », *ELJ*, 1995, Vol. 1 n°2, pp. 180-204
- FERRAN E. & ALEXANDER K., « Can Soft Law Bodies be Effective? The Special Case of the European Systemic Risk Board », *ELR*, 2010, pp. 751-775
- GRARD L., « La gouvernance de la zone euro. La troisième voie pour faire l'Europe après les méthodes intergouvernementales et communautaire : la coordination », *RAE*, 2001-2002, pp. 166-181.
- GROUX J., « Le parallélisme des compétences internes et externes de la Communauté économique européenne », *CDE*, 1978 n°1, pp. 3-32.
- GUILLERMIN G., « Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *JDI*, 1992, n° 2, pp. 319-346
- GUILLOUD L., « La nouvelle nomenclature des actes dans le Traité de Lisbonne », *RIEJ*, 2011, n° 66, pp. 85-108
- HEATHCOTE N., « The crisis of european supranationality », *JCMS*, 1966 n° 2, pp. 140-171.
- HOFMANN H.C.H. & TÜRK A., « The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences », *ELJ*, 2007 Vol. 13 n°2, pp. 253-271.
- IDOT L., « La mise en réseau des autorités de régulation », *RDP*, 2008, n° 3, pp. 786-821
- JACQUÉ J.-P., « La Constitution de la Communauté européenne », *RUDH*, 1995, pp. 397-428.
- JOERGES C., « 'Deliberative Political Processes' Revisited: What Have we Learnt About the Legitimacy of Supranational Decision-Making », *JCMS*, 2006 n° 4, pp. 779-802
- JOERGES C. & NEYER J., « From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology », *ELJ*, 1997 n°3, pp. 273-299
- KARPENSCHIF M.,

- « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de Justice des Communautés européennes », *AJDA*, 2004, pp. 526-533
- « Les aides publiques face à la crise », *RFDA*, 2010, pp. 750-755.
- KAKOURIS C.N., « Do the Member States possess judicial procedural "autonomy"? », *CMLR*, 1997 n°34, pp. 1389-1412.
- KOVAR R., « L'affaire de l'A.E.T.R. devant la Cour de justice des Communauté européenne et la compétence internationale de la C.E.E. », *AFDI*, 1971, Vol. 17, pp. 386-418
- KREHER A., « Agencies in the European Community – a step towards administrative integration in Europe », *JEPP*, 1997, Vol. 4 n°2, pp. 225-245
- LINDSETH P.L., « Democratic legitimacy and the administrative character of supranationalism: the example of the European Community », *Columbia Law Review*, 1999 Vol. 99, pp. 228-638
- LADEUR K.-H., « Toward a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept », *ELJ*, 1997 Vol. 3 n°1, pp. 33-54
- LEBEN C., « A propos de la nature juridique des Communautés européennes », *Droits*, 1991, n° 14 pp. 61-72
- LENAERTS K.,
- « Some reflections on the separation of powers in the European Community », *CMLR*, 1991, Vol. 28 n° 1, pp. 11-35
 - « Regulating the regulatory process: "delegation of powers" in the European Community », *ELR*, 1993 Vol. 18 n°1, pp. 23-49
 - « Le Tribunal de première instance des communautés européennes : regard sur une décennie d'activités et sur l'apport du double degré de juridiction au droit communautaire », *CDE*, 2000, pp. 323.
- LOUIS J.-V.,
- « Observations sous l'arrêt du 31 mars 1971 – affaire 22/70 (A.E.T.R.) », *CDE*, 1971, pp. 479-490
 - « Le droit de retrait de l'Union européenne », *CDE*, 2006 n° 3-4, p 293-314
 - « Le Comité Européen du Risque Systémique », *CDE*, 2010, n°5-6, pp. 645-681
 - « Editorial », *CDE*, 2011 n° 2, pp. 353-367
 - « Un traité vite fait, bien fait ? Le traité du 2 mars 2012 sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire », *RTDE*, 2012 n°1, pp. 5- 22
- MATTLI W & SLAUGHTER A-M.,
- « Law and politics in the European Union: a reply to Garrett », *International Organization*, 1995, Vol. 49 n°1, pp. 183-190
 - « Revisiting the European Court of Justice », *International Organization*, 1998, Vol. 52 n° 1, pp. 177-209
- MADURO M.P., « The importance of being called a constitution: constitutional authority and the authority of constitutionalism », *International Journal of Constitutional Law*, 2005 n° 3, pp. 332-356
- MAJONE G.,
- « The new European Agencies: regulation by information », *JEPP*, 1997, Vol. 4 n°2, pp. 262-275
 - « Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards », *ELJ*, 1998, Vol. 4 n° 1, pp. 5-28
- MATHIEU B., « Réflexion sur le rôle de l'État en tant qu'élément du pouvoir constituant de l'Union européenne », *ADE*, 2004 Volume II, pp. 105-118.
- MICHEL V.,
- « 2004 : le défi de la répartition des compétences », *CDE*, 2003, n° 1-2, pp. 17-86

- « Le triangle institutionnel », *Gazette du Palais*, 2008, p. 1538-1544
- « Les compétences : les mots et les choses », *Europe*, 2008, pp. 43-46
- NEFRAMI A., « L'État membre au service de l'Union européenne », *ADE*, 2004 Volume II, pp. 51-77
- OBERDORFF H., « Ordre et désordre normatifs dans l'Union européenne », *RDP*, 2006, n° 1, pp. 113-127
- PESCATORE P., « Les exigences de la démocratie et de la légitimité de la Communauté européenne », *CDE*, 1974, pp. 499-514
- RIDEAU J., « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, 1972, pp. 864-903
- RIGAUX A., « L'écriture du Traité : le discours de la méthode », *Europe*, Juillet 2008, pp. 27-31
- SABEL C.F. & ZEITLIAN J., « Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance if the EU », *ELJ*, Vol. 14 n°3, 2008, pp. 271-327
- SAURON J.-L., « Le rôle des États membres dans l'administration de l'Union européenne », *RFAP*, 2000, n° 95, pp. 453-463
- SCHARPF F., « The joint-decision trap: lessons from German Federalism and European Integration », *Public Administration*, 1988, Vol. n°66, pp. 239-278
- SCOTT J. & TRUBEK D.M., « Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union », *ELJ*, Vol. 8 n° 1, pp. 1-18
- SHAW J., « European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1996, Vol. 16 n° 2, pp. 231-253
- SOUSI B.,
- « L'Europe face à la crise des "subprimes" – Entretien avec Alexandre Lamfalussy », *Euredia*, 2007/2008, n°3, pp. 265-268
 - « Entretien avec J. de Larosière », *Euredia*, 2009, n° 2, pp. 229-231
 - « Entretien avec Pervenche Bérès », *Euredia*, 2010, n° 2, pp.165-173
 - « Banque-notes », *Euredia*, 2010, n° 4, pp. 453-456
 - « Entretien avec Michel Barnier », *Euredia*, 2010, n° 4, pp.457-461
- STEIN E., « Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution », *AJIL*, 1981, Vol. 75 n°1, pp. 1-27
- VAN GERVEN V.,
- « Bridging the gap between community and national law: towards a principle of homogeneity in the field of legal remedies? », *CMLR*, 1995 Vol. 32, pp. 679-702
 - « Of right, remedies and procedures », *CMLR*, 2000 Vol. 37, pp. 501-536
 - « Plaidoirie pour une nouvelle branche du droit : le "droit des conflits d'ordre juridique" dans le prolongement du "droit des conflits de règles" », *RCADI*, 2010 Vol. 350, pp. 9-70
- VOS E., « Les agences et la réforme de l'administration européenne », *RFAP*, 2000, n° 95, pp. 393-410
- WEILER J.,
- « The Community System: the Dual Character of Supranationalism », *YEL*, 1981, n° 1, pp. 268-306
 - « Community, Member States and European Integration: Is the Law Relevant » *JCMS*, 1982, Vol. 21 n°1, pp. 39-56

Articles d'ouvrages collectifs et mélanges :

ADALID S., « Mécanismes de simplification et de coopération administratives au niveau national : la notion de guichet unique » in FERRARI-BREEUR C. (dir), *La directive services – En principes et en pratique*, Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 161-180

AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., « Introduction générale » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 1-21

AZOULAI L. :

« L'ordre concurrentiel et le droit communautaire » in *L'ordre concurrentiel – Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Editions Frison-Roche, Paris, 2003, pp. 277-309.

« Article I-3 – Les objectifs de l'Union » in BURGORGUE-LARSEN L, LEVADE A. & PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire article par article*, pp. 60-77

« Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruyant, Bruxelles, 2009, pp. 1-23

« La crise politique » in BLUMANN C. & PICOD F., *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, Bruxelles, 2010 pp. 143-161

BARBOU des PLACES S., « Conclusion : les droits fondamentaux des États membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale » in BARBATO J-C & MOUTON J-D, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne – Réflexions à partir des notions de solidarité et d'identité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 289-326.

BLANQUET M.,

« Agences de l'Union et gouvernance européenne » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 43-78

« Le système communautaire à l'épreuve de la "gouvernance européenne" Pour une "nouvelle gouvernance raisonnée" » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 239-269

BLIN O.,

« Les structures des Agences de l'Union européenne » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 79-95

« 50 ans de Commission européenne ou la légitimité intégrative en question » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, ppp. 287-321

BLUMANN C. :

« La Commission, agent d'exécution du droit communautaire – La comitologie » in LOUIS J.-V. & WAELBROECK D. (dir), *La Commission au cœur du système institutionnel des Communautés européennes*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1989, pp. 49-70

« Equilibre institutionnel et séparation des pouvoirs en droit communautaire » in *Clé poule siècle*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 1639-1659

- « Article I-19 – Les institutions de l’Union » in BURGORGUE-LARSEN L, LEVADE A. & PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l’Europe – Commentaire article par article*, pp. 278-288
- « Une nouvelle forme de comitologie. La décision du 17 juillet 2006, instaurant la procédure de réglementation et de contrôle », *ADE*, 2006, Vol. IV, pp. 345-364
- « Comitologie et administration indirecte » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir), *L’exécution du droit de l’Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruyant, Bruxelles, 2009, pp. 139-158
- « A la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les nouveaux "actes délégués" » in *Chemins d’Europe – Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 127-144
- BROYELLE C.,
- « La responsabilité de l’État pour non-exécution du droit communautaire » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruyant, Bruxelles, 2007, pp. 727-741
- « L’imputation de la responsabilité dans les situations d’exécution nationale du droit communautaire » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruyant, Bruxelles, 2007, pp. 811-822
- CHEVALLIER E., « La cohérence, un alibi à la création des agences » in MICHEL V. (dir), *Le droit, les institutions et les politiques de l’Union européenne face à l’impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2009, pp. 131-145
- CHITI E.,
- « Les agences, l’administration indirecte et la coadministration » in » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J (dir.), *Droit administratif européen*, Bruyant, Bruxelles, 2007, pp. 267-281
- « The administrative implementation of European Union law: a taxonomy and its implications » in HOFMANN E.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 9-33
- CHRISTIANOS V., « Les aides d’état à la lumière de la crise économique » in BLUMANN C. & PICOD F., *L’Union européenne et les crises*, Bruyant, Bruxelles, 2010 pp. 295-316
- CLÉMENT-WILZ L., « Le contrôle des agences de l’Union européenne » in *Mélanges en l’honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 127-141
- COUZINET J.-F., « Agences et compétences de l’Union » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l’Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 31-41
- CURTIN D., « Delegation to EU Non-majoritarian Agencies and Emerging Practices of Public Accountability », GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, 280pp. pp. 88-119
- DEHOUSSE R.,
- « Beyond representative democracy: constitutionalism in a polycentric polity » in WEILER J.H.H. & WIND M, *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 135-156
- « La méthode communauté a-t-elle encore un avenir ? », *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l’Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 95-107
- « La méthode communautaire » in DEHOUSSE R. (dir), *Politique Européennes*, Presses de la Fondation Nationale des Sciences politiques, Paris, 2009, pp. 13-30

- DONY M., « Quelle influence de la crise financière sur la politique de contrôle des aides d'États » in *L'Union européenne : Union de droit, Union des Droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 377-390
- DUSSART V., « L'autonomie financière des Agences européennes » in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 97-111
- EVERSON M., « Agencies: the 'dark hour' of executive? » in HOFMANN E.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 116-135
- FRANCHINI C., « Les notions d'administration indirecte et de coadministration » in AUBY J.-B. et DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir), *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 245-265
- GAUTRON J-C et GRARD L., « Le droit international dans la construction de l'Union européenne » in AFDI, *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles – Colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 9-152
- GEORGOPOULOS T., « Sur le concept de "constitution économique" de l'Union européenne » in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 3-32
- GREVISSE F. & BONICHOT J-C, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres » in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz, Paris, 1991 pp. 297-310
- HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. :
- « Introduction: towards a legal framework for Europe's integrated administration » in HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 1-6
 - « Legal challenges in EU administrative law by the move to an integrated administration » in HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 355-379
- ISAAC G., « L'entrée en vigueur et l'application dans le temps du droit communautaire » in *Mélanges Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1978, pp. 697 - 724
- JACQUÉ J.-P.,
- « L'éternel retour – Réflexions sur la comitologie » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 211-224
 - « Conclusion générales » in MICHEL V., *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2010, pp. 429-436
 - « L'autorité discrète du Comité des représentants permanents », *L'Union européenne : Union de droits, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 255-270
- JORDA J., « L'art d'exécuter le droit communautaire – une lecture de la comitologie – », in *L'Union européenne : Union de droits, Union des droits – Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 271-282
- KAKOURIS N., « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) » in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 319-345

KARPENSCHIF M., « La fin du tout marché ? » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 309-328

KOVAR R.,

« Observations sur l'intensité normative des directives » in *Du droit international au droit de l'intégration : liber amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 359-372

« Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'"écran communautaire" » in *L'Europe et le droit – Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 341-347

« L'identification des actes normatifs en droit communautaire » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 387 – 422

« "Le règlement est directement applicable dans tout État membre" : certes mais encore » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 355-372

LAURENT S., « Les agences communautaires, facteur d'incohérence institutionnelle ? De la nécessité d'un renforcement du contrôle parlementaire des agences » in MICHEL V. (dir), *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2009, pp. 107-130

LE BARBIER de BRIS M. « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres » in *Le droit de l'Union européenne en principes : liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, 2006, pp. 419-457

LIANOS I., « Les "autres institutions" et les organes consultatifs de l'Union » in CONSTANTINESCO V., GAUTIER Y. & MICHEL V., *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Analyses & Commentaires*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2005, pp. 181-188.

LOUIS J.-V.,

« Le rôle de la Commission dans la procédure en manquement selon la jurisprudence récente de la Cour de justice » in *Liber Amicorum P. Pescatore*, Nomos Verlag, Baden Baden, 1987, pp. 387-409

« Les actes des institutions » in *Commentaire Mégret 10 : La Cour de Justice, les actes des institutions*, 2^{ème} Ed., Editions Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1992, pp. 477-535.

« Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne » in BOUTAYEB C., *La solidarité dans l'Union européenne – Eléments constitutionnels et matériels*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 107-124

« Quelques réflexions préliminaires sur le rôle du président du Conseil européen » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012, pp. 49-60

« La nouvelle "gouvernance" économique de l'espace euro » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Joël Molinier*, LGDJ, Paris, 2012, pp. 405-425

MADURO M.P., « Europe and the constitution: is it as good as it gets? » in WEILER J.H.H. & WIND M., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 74-102

MAGNETTE P., « The politics of Regulation in the European Union » in GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, pp. 3-22

MANIN P., « La "méthode communautaire" : changement et permanence » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 213-237

MEHDI R.,

« L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes » in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac – 50 ans de droit communautaire*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2004, pp. 615-637

« L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 685-726

« Les aspects institutionnels de la constitution économique européenne » in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir.), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 33-57

MICHEL V., « L'Union économique et monétaire ; approfondissement de la constitution économique communautaire » in DEBARGE O., GEORGOPOULOS T. & RABAEY O., (dir), *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 201-219

MOLINIER J., « Le contrôle juridictionnel et ses limites : a propos du pouvoir discrétionnaire des institutions communautaires » in RIDEAU J. (dir), *De la communauté de droit à l'union de droit : continuités et avatars européens*, LGDJ, Paris, 2000, pp. 77-98

MOUTON J-D,

« Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États dans le système communautaire ? » in *Les dynamiques du Droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de J-C Gautron*, Pedone, paris, 2004, pp. 463-477

« Introduction : présentation d'une proposition doctrinale » in BARBATO J-C & MOUTON J-D, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne – Réflexions à partir des notions de solidarité et d'identité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 1-17.

MULLER-QUOY I., « L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », in COUZINET J.F. (dir), *Les Agences de l'Union européenne Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 2002, pp. 13-30

NOGUELLOU R., « Le régime de l'acte administratif de mise en œuvre du droit communautaire » in droit AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 759-774

POTVIN-SOLIS L., « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire » in BARBATO J-C & MOUTON J-D, *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne – Réflexions à partir des notions de solidarité et d'identité*, Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 113-156.

QUADRI R., « La personnalité internationale de la Communauté » in MELCHIOR M., *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifiée*, Université de Liège, Liège, 1969, pp. 41-74.

PESCATORE P.,

« La personnalité internationale de la Communauté » in MELCHIOR M., *Les relations extérieures de la Communauté européenne unifiée*, Université de Liège, Liège, 1969, pp. 77-113

- « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres » in IEJE, *La Communauté et ses États membres*, M. Nikhoff, La Haye, 1973, pp. 83-90
- « Avant propos » in CONSTANTINESCO V., *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes – Contribution à l'études de la nature juridique des Communautés*, Paris, LGDJ, 1974, pp. IX-XIII
- PICOD F. & COUTRON L., « La responsabilité de la Communauté européenne du fait de son action administrative » in AUBY J.-B. & DUTHEIL de la ROCHERE J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 171-211
- PHILIP C., « Les symboles de l'Europe » in *L'Union européenne : Union de droit, union des droits – Mélanges en l'honneur de Philip Manin*, Pedone, 2010, pp. 173-177.
- RITLENG D.,
- « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union » in DUTHEIL de la ROCHERE J., *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 27-51
- « La délégation du pouvoir législatif de l'Union européenne » in *Chemins d'Europe – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 559-576
- ROWE G. C., « Administrative supervision of administrative action in the European Union » in HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 179-217
- SIMON D.,
- « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SFDI, *Droit international et droit communautaire – Perspectives actuelles*, Pedone, Paris, 2000, pp. 211-249
- « Les principes en droit communautaire » in CAUDAL S., *Les principes en droit*, Economica, Paris, 2008, pp. 287-304.
- THATCHER M., « Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe » in GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, pp. 47-66
- TIZZANO A., « Les compétences de la Communauté » in Commission des Communautés européennes, *Trente ans de droit communautaire*, OPOCE, Luxembourg, 1982, pp. 45-72.
- TROPER M., « L'Europe politique et le concept de souveraineté » in BEAUD O., LECHEVALIER A., PERNICE I. & STRUDEL S., *L'Europe en voie de Constitution – Pour un bilan critique des travaux de la Convention*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 117-137
- TÜRK A.H., « Judicial review of integrated administration in the EU » in HOFMANN H.C.H. & TÜRK A.H. (Ed), *Legal Challenges in EU Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 218-256
- VOS E., « Independence, Accountability and Transparency of European Agencies » in GERADIN D., MUNOZ R. & PETIT N., *Regulation through Agencies in the EU – A New Paradigm for European Governance*, Edward Elgar, Cheltenham UK & Northampton MA USA, 2005, pp. 120-137
- WEILER J.,
- « The transformation of Europe » in *The Constitution of Europe, do the new clothes have an emperor*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 10-101
- « To be a european citizen : Eros and civilization » in WEILER J., *The Constitution of Europe*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 324-357

ZILLER J., « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruyant, Bruxelles, 2009, pp. 111-138

ZWART T., « La poursuite du père Meroni ou pourquoi les agences pourraient jouer un rôle plus en vue dans l'Union européenne » in DUTHEIL de la ROCHERE J. (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruyant, Bruxelles, 2009, pp. 159-173

Ressources en ligne :

AREILZA de J., « Sovereignty of Management – The Dual Character of the EC's surpanationalism Revisited », *Jean Monnet Working Papers*, 1995 n°2

BERTONCINI Y. & KREILINGER V., « Séminaire sur la méthode communautaire. Eléments de synthèse », *Notre Europe*, Mai 2012, 58 p.

BIEBER R., « Observer – Policing – Pilot? On lacunae of legitimacy and the contradictions of financial crisis management in the European Union », *EUI Working Papers, Law* 2011/16, 11 p.

COMELLA R., « New Governance Fatigue? Administration and Democracy in the European Union », *Jean Monnet Working Paper*, 06/06, 34 p.

DEHOUSSE R., « Misfits: EU law and the transformation of European governance », *JMWP*, 02/02, 2002,

CHITI E., « Decentralised Integration as a New Model of Joint Exercise of Community Functions? A Legal Analysis of European Agencies », *ARENA Working Papers*, 2002, WP 02/31

COSTA O., DEHOUSSE R. & TRAKALOVA A., « La codécision et les « accords précoces » : Progrès ou détournement de la procédure législative », *Notre Europe, Etudes & Recherches* n° 84, 48p.

FERNANDES S. & RUBIA E., « Solidarité dans la zone euro : combien, pourquoi, jusqu'à quand ? », *Notre Europe, Policy paper* n°51, 66 p.

GERADIN D. & PETIT N., « The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform », *JMWP*, 2004, 01/04, 61 p.

JOERGES C. & NEYER J., « "Deliberative Supranationalism" Revisited », *EUI Working Papers, Law* n° 2006/20, 32 p.

KOCHAROV A. (Ed) « Another legal monster? An EUI debate on the fiscal compact treaty », *EUI Working Papers, Law* 2012/09, 31 p.

LOUIS J.-V., « The unexpected revision of the Lisbon Treaty and the establishment of the European Stability Mechanism » in *Cahier Comte Boël n° 15 : How to strengthen the European Monetary Union*, pp. 17-39

PONZANO P., HERMANIN C. & CORONA D., « Le pouvoir d'initiative de la Commission européenne : une érosion progressive », *Notre Europe, Etudes et recherches* n° 89, 56 p.

MAJONE G., « Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions », *EUI Working Papers*, 1996, n°96/57, 14 p.

NICKEL R., « Participatory Governance and European Administrative Law: New Legal Benchmarks for the New European Public Order », *EUI Working Papers*, 2006, Law n° 2006/26, 16 p.

de SCHOUTHEETE P., « Conseil européen et méthode communautaire », *Notre Europe*, Juillet 2012, Policy Paper n° 56, 35 p.

SCOTT C., « Regulatory governance and the challenge of constitutionalism », *EUI Working Paper*, RSCAS 2010/07, 20p.

WEILER J.H.H., HALTERN U. & MAYER F., « European Democracy and its Critique Five Uneasy Pieces », *EUI Working Papers*, RSC n° 95/11

Encyclopédies permanentes:

BLANQUET M., « Institutions politique et administratives », *Joly Communautaire*, 2006

BLUMANN C.,

« Accords interinstitutionnels », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 193

« Institutions de l'Union Européenne – Présentation générale », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 200

CONSTANTINESCO V. & MICHEL V., « Compétences de l'Union européenne », *Répertoire Dalloz Droit Communautaire*

DERO-BUGNY D., « Actes atypiques », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 194

DUBOS O., « Droit administratif et droit communautaire », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 24

MEHDI R., « Décision », *Répertoire Dalloz Droit communautaire*

PERTEK J.,

« Commission européenne ; Organisation et fonctionnement », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 230

« INSTITUTIONS COMMUNAUTAIRES - Commission - Pouvoirs », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 231

« Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité - Raisons d'être et nature d'une voie de droit originale - Office du mécanisme préjudiciel - Dialogue de juge à juge », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 360

RIDEAU J., « Recours en annulation – Conditions de recevabilité », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 330

RIDEAU J., « Recours en annulation - Cas d'ouverture, pouvoirs du juge de l'annulation, contenu, effets et exécution des arrêts d'annulation », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 331

SIMON D.,

« Directive », *Répertoire Dalloz Droit Communautaire*

« Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Nature du manquement », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 380

« Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Procédure de constatation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 380-1

« Recours juridictionnels – Recours en constatation de manquement – Effets des arrêts de manquement – Procédure spécifique », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 381

Union monétaire :

Thèses et monographies :

Vers un système européen de Banques centrales – Projet de dispositions organiques, Rapport du groupe présidé par Jean-Victor Louis, Editions de l'Université de Bruxelles, Collections Etudes européennes, Bruxelles, 1989, 315 p.

BEAUMONT P. & WALKER N. (dir), *Legal Framework of the Single European Currency*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 1999, 204 p.

BINI SMAGHI L. & GROS D., *Open Issues in European Central Banking*, Saint Martin's Press, New York, 2000, 209 p.

CHEMAIN R., *L'Union économique et monétaire – Aspects juridiques et institutionnels*, Pedone, Paris, 1996, 479 p.

Communautés Européennes Comité monétaire, *La politique monétaire dans les pays de la Communauté économique européenne, Institutions et instruments*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxembourg, 1972, 451p.

DUTZLER B., *The European System of Central Bank: An Autonomous Actor – The Quest for Institutional Balance in EMU*, Springer-Verlag, Vienne, 2003, 293 p.

European Commission *EMU @10 : Successes and challenges after 10 years of Economic and monetary Union – European Economy 2/2008*, 328p.

KEONIG G., *L'Euro vecteur d'identité européenne*, Presses Universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2002, 333 p.

HAAN de J., EIJJFINGER S. & WALLER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralisation*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London England, 2005, 264p.

LOUIS J.V.,

Du système monétaire européen à l'Union monétaire, OPOCE, Luxembourg, 1989, 67p.

L'Union européenne et sa monnaie, Commentaire J. Mégret, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, 328p.

MARTUCCI F., *L'ordre économique et monétaire de la Communauté européenne*, Thèse dactylographiée (version mise à jour en vue de publication), Université Paris I, 777 p.

PIODI F., *Le long chemin vers l'Euro*, Cahiers du CARDOC (Coordination ANTONA D.), 2012, 249 p.

SERVAIS D. (dir), *Intégration des marchés financiers – Commentaire J. Mégret*, 3^{ème} Ed., Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2007, 625p.,

SHELLER H.K., *La Banque Centrale Européenne – Histoire, Rôle et Fonctions*, 2^{ème} Ed., BCE, Francfort, 2006, 229 p.

SMITS R.,

The European Central Bank – Institutional Aspects, The Hague, Kluwer, 1997, 569 p.

The European Central Bank in the European constitutional order, Elevent International Publishing, Utrecht, 2003, 58 p.

WERY E., *Paiements et monnaie électronique – Droits européens, français et belges*, Larcier, Bruxelles, 2007, 243 p.

ZILIOLI C. & SELMAYR M., *The Law of the European Central Bank*, 2d Ed, Hart Publishing, Oxford – Portland Oregon, 2004, 268 p.

Articles :

ABDESSAMAD E. & DOUAT E., « Portée du principe d'indépendance de la Banque centrale européenne », *JCP G*, 2003, II 10172, pp. 1937-1941

ALLEMAND F.,

« L'audace raisonnée de la réforme de la Banque centrale européenne », *RMCUE*, 2003 n° 469, pp. 391-398

« La politique monétaire en zone Euro. L'Europe monétaire, Europe fédérale » in JOUNO T. (dir), *Questions européennes Le droit et les politiques de l'Union*, PUF, Paris, 2009, pp. 601-642

AMTENBRINK F. & de HAAN J., « The European Central Bank: and independent specialized organization of Community Law – A Comment », *CMLR*, 2002 Vol°39, pp. 65-76

AMTENBRINK F. et van DUIN K., « The European Central Bank before the European Parliament: theory and practice after 10 years of monetary dialogue », *ELJ*, 2009 n° 34, pp. 561-583

ARDA A., « Consulting the European Central Bank. Legal aspects of the community and national authorities' obligation to consult the ECB pursuant to article 105(4) EC », *Euredia*, 2004 n°4, pp. 111-152

ATHANASSIOU P., « Withdrawal and expulsion from the EU and EMU, Some reflections », *ECB Legal working papers series*, 2009 n°10

BARONTINI C. & BONZOM P., « Une banque centrale nationale au sein d'un système fédéral », *Bulletin de la Banque de France*, Août 2006, n° 156, pp. 35-44

BEAU D., CHABASSOL G. & COLLES B., « De nouveaux instruments de paiement européens », *Bulletin de la Banque de France*, Mars 2006, n° 146, pp. 25-38

BENASSY-QUERE A. & TURKISCH E., « The ECB Governing Council in an Enlarged Euro Area », *JCMS*, 2009 n°1, pp. 25-53

BERG van de C.A.C.A., « Checks and Balances for the European Central Bank and the National Central Banks » in OeNB Workshops, *The European Integration Process: A Changing Environment for National Central Banks*, www.eonb.at, pp. 156-171

BOSSUAT G., « Questions sur l'identité monétaire européenne à travers les positions de Jean Monnet, Robert Triffin et Pierre Mendès France » in BUSSIERE E. & DUMOULIN M., *Milieux économiques et intégration européenne en Europe occidentale au XXe siècle*, Artois Presses Universités, Arras, 1998, pp. 105-113

BOUYALA R., « L'Europe des paiements minée par les idées reçues », *Revue Banque*, Décembre 2005 n°675, pp. 26-27

BRIBOSIA H., « La politique économique et monétaire » in AMATO G., BRIBOSIA H. & de WITTE B., *Genèse et Destinée de la Constitution européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 663 -685

CARREAU D.,

« Le système monétaire international privé (UEM et Euromarchés) », *RCADI*, 1998 vol. n° 274, pp. 309-391

« Les mouvements de capitaux et la construction européenne » in *L'Union européenne : Union de droit, Union des Droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 371-376

CRAIG P., « EMU, European Central Bank, and Judicial review » in BEAUMONT P. & WALKER N. (dir), *Legal Framework of the Single European Currency*, Hart Publishing, Oxford – Portland, 1999, pp. 95-115.

COURBIS B. & SOUSI B., « L'euro, réalité monétaire dès 1999 », *Dalloz*, 1997, Chronique pp. 309-31

DASHWOOD A.; DUTHEIL de la ROCHERE, J.; O'KEEFFE, D. ; ROTH, W-H.; PIET J.; TIMMERMANS C. & WINTER J. A. : « Executive Agencies within the EC: The European Central Bank - a model? » Editorial Comments, *CML Rev* 1996, n°33/4, pp. 623-631

DEBARD T., « "Touche pas à mon euro" : quelques réflexions sur la prétendue crise de l'euro, l'endettement des États souverains et le déficit de l'Union européenne » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012 pp. 155-168

DEHOUSSE F., « Article 105 » « Articles 107, 108 et 109A » et « Articles 109A, 109B, 109C et 109D » in CONSTANTINESCO V., KOVAR R. et SIMON D., *Traité sur l'Union européenne – Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, respectivement pp. 250-253, 259-261 et pp. 269-275

DIEZ PARRA I., « La Comité économique et financier », *Euredia*, 2000, n° 1, pp. 97-114

DONY M., « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire » in DONY M. (dir), *L'Union européenne et le monde après Amsterdam*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1999, pp. 241-256

DOR E., « Leaving the euro zone: a user's guide », *IESEG Working Paper Series*, 2011-ECO-06

ELGIE R., « Responsabilité démocratique et indépendance de la Banque centrale : la Banque centrale européenne dans une perspective historique et comparative », *RFAP*, 1999, n°92, pp. 635-649

EMFRUN B., « La Banque de France et le système européen de banques centrales », *RFAP*, 1999, n°92, pp. 623-634

GOLBY M., « Cross-border Interbank Settlement within the EU: The Role of the European Central Bank », *European Business Law Review*, 2006, pp. 135-182

GUITTON G., « Le SEPA », *Revue d'économie financière*, 2008 n°2, pp. 1-7

JAN SLOT P., « Les dispositions institutionnelles de l'Union économique et monétaire » in DUPUY P-M. & LEBEN C. (dir), *Cours et travaux - Droit européen 1*, Pedone, Paris, 1998, pp. 5-30

GOEBEL R.J., « Cour of Justice Oversight over Central Bank: Delimiting the ECB's Constitutional Autonomy and Independence in the *OLAF* Judgement », *Fordham International Law Journal*, 2005, Vol. 29 n° 4, pp. 610-654

de HAAN J. & GORMLEY L., « The democratic deficit of the European Central Bank », *ELR*, 1996, Vol. 21 n° 2, pp. 95-112

JABKO N., « Expertise et politique à l'âge de l'euro : la Banque centrale européenne sur le terrain de la démocratie », *Revue française de science politique*, 2001 Vol. 51 n° 6, pp. 903-933

JUNG A., MONGELLI F.P. & MOUTOT P., « How are the Eurosystem's Monetary Policy Decisions Prepared? A Roadmap », *JCMS*, 2010 n°2, pp. 319-345

KALTENTHALER K. , ANDERSON C. J. & MILLER W. J., « Accountability and Independence Central Banks: European and Distrust of the European Central Bank », *JCMS*, 2010, Vol. 48 n° 5, pp. 1261-1281

KELLER C., « Regulation of payment systems – some reflections on article 22 of the statute of the ESCB », *Euredia*, 2001-2001 n°3, pp. 455-472

KHALLOUF J., « Marché unique et stratégie d'ajustement », *Revue Banque*, Décembre 2005 n°675, pp. 28-29.

KAUFFMANN P., « L'euro et la construction européenne » » in *Les dynamiques du Droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de J-C Gautron*, Pedone, paris, 2004, pp. 395-419

- KRAUSKOPF B., « How Euro banknotes acquire the properties of money » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 243-256
- LAMBRINOC S.E., « The legal duty to consult the European central bank. National and EU consultation », *ECB Legal working papers*, n° 9, november 2009, 45 p.
- LASTRA R.M., « The institutional dimension of Central Bank independence », *Arino y Avilar Working Papers*, 1995, n°6, 46 p.
- LAVRANOS N., « The limited, functional independence of the ECB », *ELR*, 2004 Vol. 29, pp. 115-123
- LEINO P., « The European Central Bank and Legitimacy – Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy », *Havard Jean Monnet Working Paper*, 1/01
- LHONEUX De E. :
- « Du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne », *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 239-247
 - « The Eurosystem » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 161-187
 - « Decentralisation and specialisation in the Eurosystem », *Euredia*, 2009 n°3, pp. 455-485.
- LÖBER K.M. & PERDERSEN K.J., « The TARFET system », *Euredia*, 2001/2002, n° 1, pp. 157-178
- LOPEZ ESCUDERO M.,
- « La politique de taux change de l'euro vis-à-vis des monnaies de pays tiers » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 281-300
 - « La politique de change de l'euro », *CDE*, 2011 n° 2, pp. 369-432
- LOUIS J.V. :
- « Le fond européen de coopération monétaire », *CDE*, 1973 n° 3, pp. 255-297
 - « L'Union économique et monétaire », *CDE*, 1992 n° 3-4, pp. 251-305
 - « Union économique et monétaire » in LOUIS J.-V., SÉCHÉ J.C., WOLFCARIUS M., MARGELLOS T. & MARCHIPONT J-F., *Union économique et monétaire, Cohésion économique et sociale, politique industrielle et technologie européenne – Commentaire Mégret*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995, pp. 20-166.
 - « Les relations internationales de l'Union économique et monétaire » in AFDI, *Droit international et droit communautaire : perspectives actuelles – Colloque de Bordeaux*, Paris, Pedone, 2000, pp. 387-413
 - « A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union », *CMLR*, 1998 n° 35, pp. 33-76
 - « Indépendance des Banques centrales, séparation des pouvoirs et démocratie » in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 459-481
 - « The Eurogroup and economic politcy coordination », *Euredia*, 2001-2002, n° 1, pp. 19-42
 - « Mondialisation, marchés financiers et institutions monétaires – Mondialisation et contrôle prudentiel : centralisation ou décentralisation », *RIDE*, 2002, n° 2-3, pp. 529-557
 - « L'Union économique et monétaire dans la Constitution » in *Les dynamiques du Droit européen en début de siècle – Etudes en l'honneur de J-C Gautron*, Pedone, paris, 2004, pp. 421-441

- « The economic and monetary Union: law and institutions », *CMLR*, 2004, pp. 575-608
- « Monetary policy and central banking in the constitution » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 27-42
- « Article I-30 – La Banque centrale européenne » in BURGORGUE-LARSEN L, LEVADE A. & PICOD F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe – Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 401-412
- « L'autorité monétaire de la zone euro », *Euredia*, 2009, n°2, pp. 277-296 publiée aussi in *L'Union européenne : Union de droit, Union des Droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Pedone, Paris, 2010, pp. 283-296
- LEBULLENGER J., « La projection externe de la zone euro », *RTDE*, 1998, pp. 459-478
- MAGNETTE P.,
- « Towards 'Accountable Independence'? Parliamentary Controls of the European Central Bank and the Rise of a New Democratic Model », *ELJ*, 2000, Vol. 6 n° 4, pp. 236-240
- « Quis custodes custodiet ? La Banque centrale européenne entre indépendance et responsabilité », *Cahiers européens de Science Po*, 2000, n°1, 23 p.
- MARTIN J.M.F. & TEXEIRA P. G., « The imposition of regulatory sanctions by the European Central Bank », *ELR*, 2000, n° 25, pp. 391-407
- MARTUCCI F.,
- « Le rôle du Parlement européen dans la quête de légitimité démocratique de la Banque centrale européenne, Dialogue monétaire et "accountability délibérative" », *CDE*, 2003 n° 5-6, pp. 549-595
- « Système européen de banques centrales – Banque centrale européenne et Eurosysteme – Organisation », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 243
- « Système Européen de Banques centrales - Banque centrale européenne et Eurosysteme – Pouvoirs », *JurisClasseur Europe*, Fasc. 244,
- « Union monétaire », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 1035
- MARTUCCI F., LASSERRE CAPDEVILLE J. & KOVAR J.-P., « Le système européen de surveillance financière », *Europe*, Juin 2011, pp. 4-9
- OPHELE R., « La dynamique du SEPA n'est pas naturelle », *Revue Banque*, Janvier 2011 n°732, pp. 24-27.
- PARTSCH P.-E., « Droit bancaire et financier européen », *JDE*, Janvier 2010 n° 165, pp. 13-19
- POŠIUNAS G., « Consulting the European Central Bank in the Regulatory Field of the National Central Bank of the Member State of the European Union », *EBLR*, 2011, pp. 817-846
- PRIEGO F.J. & CONLLEDO F., « The role of the decentralisation principle in the legal construction of the European System of Central Banks » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 189-198
- RANDZIO-PLATH C., « A New Political Culture in The EU – Democratic Accountability of the ECB », *ZEI Working Paper*, 2000
- RODICA DANESCU E., « Le "Comité Werner" : nouvelles archives », *Histoire, économie & société*, 2011 n° 4, pp. 29-38
- SARAZIN C., « Migration SEPA, A l'aube d'une nouvelle décennie pour les cartes en Europe », *Revue Banque*, Janvier 2011 n°732, pp. 30-32
- SHELLER H.K., « Le Comité des gouverneurs des banques centrales de la CEE et l'unification monétaire européenne », *Histoire, économie & société*, 2011 n° 4, pp. 79-99

SCHOBER-RHOMBERG A., « The development of the Division of Labour between the ECN and the NCBs » in OeNB Workshops, *The European Integration Process: A Changing Environment for National Central Banks*, www.oenb.at, pp. 185-196

SERVAIS D., « The enlargement of the euro area : its impact on the ECB governing council », *Euredia*, 2005 n°4, pp. 329-350

SMITS R. :

« Law of the Economic and Monetary Union », RCADI, 2002, pp. 309-322

« The European constitution and EMU: an appraisal », *CMLR*, 2005 Vol. 42, pp. 425-468

« The role of the ESCB in banking supervision » in *Liber Amicorum Paolo Zamboni Garavelli*, BCE, Franckfort, 2005, pp. 199-212

« International representation of Europe in the area of economic and monetary union : legal issue and practice in the first ten years of the Euro », *Euredia*, 2009 n°2, pp. 299-333.

SOUSI B.,

« Un marché, une monnaie, un espace de paiement » in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 349-356

« Banque-notes », *Euredia*, 2010, n° 3, pp. 303-306

« Banque-notes », *Euredia*, 2007/2008, n° 4, pp. 409-411

« Banque-notes », *Euredia*, 2011, n° 1, pp. 5-8

SNYDER F., « EMU Revisited Are we Making a Constitution? What Constitution are we Making? », *EUI Working Paper Law*, n° 98/6, 88p.

TORRENT R., « Whom is the European central bank the central bank of?: Reaction to Zilioli and Selmayr », *CMLR*, 1999 n°36, pp. 1229-1241

ULLMO N., « Passage à SEPA, La désillusion derrière les grands objectifs d'unification et de gains », *Revue Banque*, Janvier 2011 n°732, pp. 36-38

VAN EMPEL M., « Retail payments – The Lisbon agenda and SEPA », *Euredia*, 2006/1, pp. 51-68

VERONNEAU E., « SEPA Credit Transfer et SEPA Direct Debit – Les instruments de paiement de demain », *Revue Banque*, Décembre 2005 n°675, pp. 36-38

WANDHÖFER R., « The payment service directive – Support or challenge for SEPA ? », *Euredia*, 2009/1, pp. 23-32

de WOLF J. & SERVAIS D., « Objectives and tasks of the Eurosystem and of national central banks », *Euredia*, 2009 n°3, pp. 441-453

WÜRTZ K., « The legal nature of the ECB's oversight competence », *Euredia*, 2007/2008 n°4, pp. 436-462

WÜRTZ M., « The legal framework applicable to ECB consultations on proposed community acts », *Euredia*, 2005 n°4, pp. 283-327

ZILIOLI C., « Accountabilit and Independence : Irreconcilable Values or Complementary Instruments for Democracy? The Specific Case of the European Central Bank », *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 2003, pp. 395-422

ZILIOLI C. & SELMAYR M. :

« The external relations of the Euro area: legal aspects », *CMLR*, 1999 n°36, pp. 273-349

« The European Central Bank, its system and its law (first part) », *Euredia*, 1999 n° 2, pp. 187-230

« The European Central Bank, its system and its law (second and thirs part) », *Euredia*, 1999 n° 3, pp. 307-364

« The European central bank: an independent specialized organization of community law », *CMLR*, 2000 n°37, pp. 591

- « The Constitutional status of the European Central Bank », *CMLR*, 2007 Vol. 54, pp. 355-399
« Recent Development in the Law of the European Central Bank », *YEL*, 2006, pp. 1-89

Droit monétaire :

Monographies :

Association Internationale de Droit économique (sous la coordination de P. KAHN), *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Paris, Litec 1988, 540 p.
CARBONNIER J., *Droit civil Les biens Les obligations (Tome 2)*, PUF, Paris, 2004, 2574 p.
DELVOLE P., *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, 799 p.
MANN F.A., *The law of money 4th Ed.*, Oxford University Press, Oxford, 1992, 599 p.
NUSSBAUM A., *Money in the Law*, The foundation press, Chicago, 1939, 534 p.
SHUSTER. M.R., *The public international law of money*, Oxford University Press, Oxford, 1973, 356 p.

Articles :

ALFANDARI E., « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique » in KAHN P. (coordinateur), *Droit et monnaie. État et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 134-153
BROWN J.T., « L'utilisation privée des monnaies composites », in Préface in KAHN P. (coordinateur), *Droit et monnaie. État et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 255-271
BURDEAU G.,
 « L'exercice des compétences monétaires par les États », *RCADI*, 1988-V, pp. 211-379
 « Internationalisation des monnaies et souveraineté des États » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational.*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 409-424
 « L'euro et l'évolution du droit international monétaire » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 473-489
CAMPBELL A. & LASTRA R.M., « Revisiting the Lender of Last Resort », *Banking & Finance Law Review*, 2009, Vol. 24 n° 3, pp. 453-497
CARBONNIER J., « Conclusion générale » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational.*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 525-522
CARREAU D.,
 « Souveraineté monétaire et utilisation de la monnaie par les acteurs privés » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational.*, Association Internationale de

Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 399-407

« La souveraineté monétaire et l'État à la fin de XXe siècle : mythe ou réalité » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 491-506

CLAM J., « Monnaie et circulation. Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire », *APD*, 1997 n°42, pp. 153-174

COURBIS B., « Comment l'État confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de cours à la notion de pouvoir libératoire légal » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational.*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 33-48

FARJAT G., « La nature de la monnaie, approche juridique » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 101-133

HAHN H., « L'utilisation publique des monnaies composites (ECU/DTS) » in KAHN P. (coordinateur), *Droit et monnaie. État et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 237-253

HERRENSCHMIDT J.-L., « Histoire de la monnaie » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational.*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 15-32

KAHN P., « Préface » in KAHN P. (coordinateur), *Droit et monnaie. État et espace monétaire transnational*, Litec, Paris, 1988, pp. 9-12

LOUIS J.-V. & de LHONEUX E., « The developpent of the use of the ECU: legal aspects », *CMLR*, 1991 Vol. 28, pp. 335-359

NOLDE B., « La monnaie en droit international public », *RCADI*, 1929, pp. 243-393

SOREL J-M., « Les États face aux marchés financiers » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 507-543

Théorie du droit / Droit interne / Droit international :

Thèses et monographies :

BECHILLON de D., *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Odile Jacob, Paris, 1997, 302 p.

BÖCKENFÖRDE E-W., *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, LGDJ, Paris, 2000, 318 p.

CHEVALIER J., *L'État post-moderne*, 2^{ème} Ed., LGDJ, Paris, 2004, 226 p.

CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public 2008*, La Documentation française, Paris, 2008, 298 p.

EISENMANN C., *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 1948, 330 p.

FRIER P-L & PETIT J., *Précis de droit administratif*, 6^{ème} Ed., Montchrestien, Paris, 2010, 568 p.

GERRY-VERNIERES S., *Les « petites » sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes)*, Thèse dactylographiée, Université Paris II Panthéon-Assas, 2010, 599 p.

HABERMAS J., *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 2012, 551 p.

HART H.L.A., *le concept de droit*, 2^{ème} Ed., traduit par van de Kerchove, Publication des Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2005, 344 p.

HAYEK F.A.,

Droit, législation et liberté – Tome 1 Règles et ordre, PUF, Paris, 1985, 208 p.

Droit, législation et liberté – Tome 2 Le mirage de la justice sociale, PUF, Paris, 1981, 221 p.

Droit, législation et liberté – Tome 3 L'ordre politique d'un peuple libre, PUF, Paris, 1983, 253 p.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, traduit par Eisenmann C., 2^{ème} Ed., LGDJ, Paris, 1999, 367 p.

van de KERCHOVE M. & OST F.,

Le système juridique entre ordre et désordre, PUF, Paris, 1988, 254 p.

De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Publication des Facultés universitaire de Saint-Louis, 2002, 596 p.

LUHMANN N.,

Politique et complexité – Les contributions de la théorie générale des systèmes, Les Editions du Cerf, Paris, 1999, 182 p.

La légitimation par la procédure, Cerf – Presses de l'université de Laval, Paris-Laval, 2001, 247 p.

PACTET P., *Institutions politique Droit constitutionnel*, 20^{ème} Edition, Armand Collin, Paris, 2001, 637 p.

RIALS S., *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1980, 564 p.

ROSANVALLON P., *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, Paris, 2008, 367 p.

TROPER M., *Philosophie du droit*, 3^{ème} Ed., PUF, Paris, 2010, 126 p.

Articles :

ACKERMAN B., « The new separation of powers », *Harvard Law Review*, 2000, Vol. 113 n° 3, pp. 633-729.

AMSELEK P.,

« L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP*, 1982, pp. 275-294

« Philosophie du droit et théorie des actes de langage » in AMSELEK P., *Théorie des Actes de Langage, Ethique et Droit*, PUF, Paris, 1986, pp. 109-163.

« Lois juridiques et les scientifiques », *Droits*, 1987-6, pp. 131-141.

« Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques » in THIBERGE C. (dir), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 3-11

- BAILLEUX A., « Traduction et droits européens – premiers jalons » in BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H & OST F, *traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre – hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2009, 678p, pp. 17-34
- CHEVALIER J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, 1998, n°3, pp. 659-690
- DUMONT H. & BAILLEUX A., « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et société*, 2012/2 n° 75, pp. 275-293
- FOUCAULT M., « La gouvernementabilité » in *Dits et écrits, 1954-1988. III, 1976-1979*, Gallimard, Paris, 1994, pp. 635-657
- GROULIER C., « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » in THIBERGE C. (dir), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 199-210
- JEAMMAUD A.,
- « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz* 1990, pp. 199-210
 - « L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques » in KIRAT T. & SERVERIN E. (dir), *Le droit dans l'action économique*, CNRS Editions, Paris, 2000, pp. 219-231
- HABERMAS J.,
- « Scientification de la politique et opinion publique » in *La technique et la science comme idéologie*, Tel Gallimard, Paris, 1990, pp. 97-132
- HACHEZ I., « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *RIEJ*, 2010 n°65, pp. 1-63.
- PÉANO D., « Recours pour excès de pouvoir – Contrôle de la légalité externe », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 1150
- ROUSSEAU D.,
- « Entretien avec Jürgen Habermas », *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1481-1486
 - « Penser le droit avec Habermas », *RDP*, 2007, n° 6, pp. 1476-1480
- SAUVE J-M, « Pour un développement maîtrisé du contrat » in CONSEIL D'ETAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes, Rapport public 2008*, La Documentation française, Paris, 2008, pp. 7-10.
- SCELLE G., « Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international », *RCADI*, 1936, pp. 87-202
- THIBERGE C., « Le concept de "force normative" » in THIBERGE C. (dir), *La force normative : naissance d'un concept*, LGDJ, Paris, 2009, pp. 813-846
- TIMSIT G., « Les deux corps du droit – Essai sur la notion de régulation », *RFAP*, 1996 n°78, pp. 375-394
- WALKER N., « Postnational constitutionalism and the problem of translation » in WEILER J.H.H. & WIND M., *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 27-54
- WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international ? », *RGDIP*, 1982, pp. 5-47
- ZOLLER E., « Aspects internationaux du droit constitutionnel – Contribution à la théorie de la fédération d'États », *RCADI*, 2002, pp. 39-166.

Droit & économie :

Monographies :

- DELVOLVE Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, 799p.
FARJAT G., *Pour un droit économique*, PUF, Paris 2004, 209p.
FOUCAULT M., *Naissance de la biopolitique*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, 355p.
WEBER M., *Economie et société – Tome 1 : Les catégories de la sociologie*, Pocket, Paris, 1995, 411p.

Articles :

- BORIO C., « L'approche macroprudentielle appliquée à la régulation et à la surveillance financière », *Banque de France – Revue de la stabilité financière*, Septembre 2009 n°13, p. 35-46
CLEMENT P., « The term "macroprudential": origins and evolution », *BIS Quarterly Review*, Mars 2010, p. 59-67
CHAMPAUD C.,
 « Contribution à la définition du droit économique », *Recueil Dalloz*, 1964, Chronique XXIV, pp. 215-220
 « L'apport du droit communautaire au droit économique », *CDE*, 1970, n° 5, pp. 557-567
 « Régulation et droit économique », *RIDE*, 2002, n° 1, pp. 23-66
CHEVALLIER J., « État et ordre concurrentiel » in *L'ordre concurrentiel – Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Editions Frison-Roche, Paris, 2003, pp. 59-72
FARJAT G.,
 « Les pouvoirs privés économiques » in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème : Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Litec, Paris, 2000, pp. 613-661
 « Système juridique et logique économique » in LOQUIN E. & MARTIN A., *Droit et marchandisation*, Litec, Paris, 2010, pp.115-136
FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *APD*, 1995, n° 40, pp. 287-313
GERBER D.J., « Constitutionalizing the economy : german neo-liberalism, competition law and the "new" Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994 Vol. 42, p. 25-84
JOERGES C., « La Constitution économique européenne en processus et en procès », *Revue Internationale de Droit économique*, 2006, p. 245-584
LEQUESNE-ROTH C., « Retour sur la crise des "subprime" – Autopsie d'une déraison d'État », *RIDE*, 2009/2, p. 219-242
LIANOS I., « Transplants économiques en droit communautaire et le paradigme de la traduction » in BAILLEUX A., CARTUYVELS Y., DUMONT H & OST F, *traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre – hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Facultés Universitaires de Saint Louis, Bruxelles, 2009, pp. 355-385
RACINE J.-B. & SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *RIDE*, 2007, n° 3, pp. 259-291

Théorie de l'intégration / Science politique :

Thèses, Monographies & Ouvrages collectifs :

- FERRY J-M, *La question de l'État européen*, Gallimard, Paris, 2000, 322 p.
- HAAS E.B., *The Uniting of Europe*, University of Notre Dame Press, Notre Dame Indiana, 2004, 552 p.
- HABERMAS J., *La constitution de l'Europe*, Gallimard, Paris, 2012, 224 p.
- LONGO M., *Constitutionalising Europe: processes and practices*, Ashgate, Aldershot – Burlington, 2006, 242 p.
- MAGNETTE P., *Contrôler l'Europe – Pouvoirs et responsabilités dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2003, 175 p.
- MORIN E., *Penser l'Europe*, Gallimard, Paris, 1990, 266 p.
- NOVAK S., *La prise de décision au Conseil de l'Union européenne – Pratique du vote et du consensus*, Dalloz, Paris, 2011, 245 p.
- SANDHOLTZ W. & STONE SWEET A., *European Integration and Supranational Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1998, 389 p.
- SANDHOLTZ W., STONE SWEET A. & FLIGSTEIN N., *The Institutionalization of Europe*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 273 p.
- SAURUGGER S., *Théories et concepts de l'intégration européenne*, Paris, Presses de la Fondation nationale des Sciences Politiques, 2009, 483 p.
- SCANDAMIS N., *Le paradigme de la gouvernance européenne – Entre souveraineté et marché*, Bruylant, Bruxelles, 2009, 230 p.
- SCHARPF F., *Gouverner l'Europe*, Presses de Science Po, Paris, 2000, 238 p.
- SOLDATOS P.,
Le système institutionnel et politique des Communautés européennes dans un monde en mutation – Théorie et pratique, Bruylant, Bruxelles, 1989, 305 p.
Les fondamentaux de l'architecture constitutionnelle de l'Union européenne : essai éclectique d'analyse critique, Bruylant, Bruxelles, 2010, 174 p.
- WEILER J., *The Constitution of Europe – "Do the new clothes have an emperor ?" and other essays on European Integration*, 1999, Cambridge University Press, Cambridge, 364 p.
- WIENER A. & DIEZ T (dir), *European Integration Theory*, 2004, Oxford University Press, New York, 290 p.

Articles :

- BOUSSAGUET L., « A l'écoute des citoyens – Bilan des premières expériences participatives à l'échelle européenne », *Notre Europe*, Policy Paper n°44, 31 p.
- CAMERON R.D., « Creating a Supranational Authority in Monetary and Exchange-Rate Policy: The Sources and Effects of EMU » in STONE SWEET A. & SANDHOLTZ W. (dir), *European integration and supranational governance*, London, Oxford University Press, 1998, pp. 188-216

- CAPORASO J.A., « Regional intergration theory: Understanding Our Past and Anticipating Our Future » in STONE SWEET A. & SANDHOLTZ W. (dir), *European integration and supranational governance*, London, Oxford University Press, 1998, pp. 334-351
- CAPORASO J.A. & STONE SWEET A., « Conclusion: Institutional Logics of European Intergration » in STONE SWEET A., SANDHOLTZ W. & FLIGSTEIN N., *The Institutionalization of Europe*, New York, Oxford University Press, 2001, pp. 221-236
- ERIKSEN E.O. & FOSSUM J.E., « Democracy through Strong Publics in the European Union? », *JCMS*, 2002, Vol. 40 n° 3, pp. 401-424
- GARETT G., « The politics of legal integration in the European Union », *International Organization*, 1995, Vol. 49 n°1, pp. 171-181
- HAAS E.B., :
- « Technocracy, Pluralism and the New Europe » in GRAUBARD S. (ed.) *A New Europe*, Boston, Houghton, Mifflin Co, 1964, pp. 62-88
 - « The Study of Regional Integration : Reflections on the Joy and Anguish of Pretheorizing », *International Organization*, 1970, Vol. 24, pp. 607-646
 - « Turbulent fields and theory of regional integration », *Internaitonal organization*, 1976, Vol. 30 n°2, pp. 173-212
- HABERMAS J.,
- « Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution ?' », *ELJ*, Vol 1 n° 3, pp. 301-307
 - « Pourquoi l'Europe a besoin d'un cadre constitutionnel ? », *Cahiers de l'Urmis*, 2001, n°7 (<http://urmis.revues.org/index10.html>)
 - « L'Europe paralysée par l'effroi – la crise de l'Union européenne à la lumière d'un constitutionnalisation du droit international public », *Cités*, 2012/1 n° 49, pp. 131-146
- McNAMARA K.R., « Where do Rules Come From? The Creation of the European Central Bank » STONE SWEET A., SANDHOLTZ W. & FLIGSTEIN N., *The Institutionalization of Europe*, New York, Oxford University Press, 2001, pp. 155-170
- MAJONE G., « The new European agencies: regulation by information », *JEPP*, 1997 Vol. 4 n°2, pp. 262-275
- MORAVCSIK A.,
- « Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach », *JCMS*, 1993, Vol. 31 n°4, pp. 473-524
 - « In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union », *JCMS*, 2002 Vol. 40 n°4, pp. 602-624
 - « The European Constitutionnal Compromise and the neofunctionalist legacy », *JEPP*, 2005, Vol. 12 n° 2, pp. 349-386
 - « The European Constitutional Settlement », *The World Economy*, 2008, pp. 158-183
- NYE J.S., « Comparing Common Markets: A Revised Neo-Functionalist Model », *International Organization*, 1970, Vol. 24 n°4, pp. 796-835
- ROSAMOND B., « The uniting of Europe and the foundation of EU studies: revisiting the neofunctionalism of Ernst B. Haas », *JEPP*, 2005, Vol. 12 n°2, pp. 237-245
- SCHARPF F.,
- « Essai sur la démocratie dans les systèmes de négociation » in TELO M., *Démocratie et construction européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1995, pp. 145-169
 - « Monetary Union, Fiscal Crises and the Preemption of Democracy », *MPlfG Discussion Paper*, n° 11/11
- SCHIMTTER P.C.,
- « Three Neo-Functional Hypothesis About International Integration », », *International Organization*, 1969, Vol. 23, pp. 161-166

- « Neo-Neofunctionalism » in WIENER A. & DIEZ T. (dir), *European Integration Theory 1st Edition*, Oxford University Press, 2004, Oxford, pp. 45-74
- TRONDAL J. & VEGGELAND F., « Access, voice and loyalty: the representation of domestic civil servants in the EU committees », *Journal of European Public Policy*, 2003 n°1, pp. 59-77
- WEILER J. :
 « Community, member states and European Integration : Is the Law Relevant ? », *International Organization*, 1992, Vol. 21 n°1, pp. 39-56
- WESSELS W.,
 « An Ever Closer Fusion? A Dynamic Macropolitical View on Integration Processes », *JCMS*, 1997 n°2, pp. 267-299
 « Comitology: fusion in action. Politico-administrative trends in the EU system », *JEPP*, 1998, pp. 209-234
 « EMU and political union » in Commission européenne, *L'Union européenne et l'euro : aspects économiques, institutionnels et internationaux*, OPOCE, 2000, pp. 195-201

Economie :

Thèses et monographies :

- ARTUS P. & WYPLOSZ C., *La Banque centrale européenne*, La documentation française, Paris, 2002, 181 p.
- AGLIETTA M., *Zone Euro – Eclatement ou fédération*, Michalon, Paris, 2012, 187 p.
- AGLIETTA M. & ORLEAN A., *la violence de la monnaie*, 2^{ème} Ed., PUF, Paris 1984, 324 p.
- BENASSY-QUERE A. & COEURE B., *Economie de l'euro*, La découverte, Paris, 2010, 123 p.
- BEZBAKH P., *Inflation et désinflation*, 6^{ème} Ed., La découverte, Paris, 2011, 125 p.
- BLINDER A.S., *Central Banking in Theory and Practice*, MIT Press, Cambridge Massachusetts, 1998, 92 p.
- BORDES C., *La politique monétaire*, La découverte, Paris, 2007, 122 p.
- BRIERE M., *Formation des taux d'intérêt : anomalies et croyances collectives*. Economica, Paris, 2005, 223 p.
- HAAN de J., EIJJFINGER S. & WALLER S., *The European Central Bank – Credibility, Transparency and Centralisation*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, London England, 2005, 264 p.
- de KOCK M., *Central Banking*, 4th Ed., Staples Press, London, 1974, 325 p.
- LAMOTTE H. & J.-P. VINCENT, *La nouvelle macroéconomie classique*, PUF, 1993, 128 p.
- MUSARD M., *Transparence des Banques centrales et application à la Banque centrale européenne*, Mémoire dactylographié, Université Paris 1, 2003, 111 p.
- PISANI-FERRY J., *Le réveil des démons – La crise de l'euro et comment nous en sortir*, Fayard, Paris, 2011, 220 p.
- POLANYI K., *La Grande Transformation*, Tel Gallimard, Paris, 2011, 467 p.
- ROSSI S.,

Modalités d'institution et de fonctionnement d'une banque centrale supranationale – Le cas de la Banque centrale européenne, Peter Lang, Bern, New York, 1997, 432 p.

Macroéconomie monétaire – Théories et politiques, Genève, Schulthess, 2008, 481 p.

SIBI F., *La politique monétaire de la Banque centrale européenne*, Thèse dactylographiée, Université Panthéon-Sorbonne, 418 p.

Articles :

AGLIETTA M.,

« Genèse des banques centrales et légitimité de la monnaie », *Annales Economies Sociétés Civilisation*, 1992, Vol. 47 n° 3, pp. 675-698

« Le contrôle prudentiel dans la Communauté européenne » in LOUIS J.-V. & BRONKHORST H., *L'euro et l'intégration européenne*, PIE-Peter Lang, Bruxelles, 1999, pp. 217-227

« Commentaires » in ARTUS P. & WYPLOSZ C., *La Banque centrale européenne*, La documentation française, Paris, 2002, pp.125-133

« L'austérité est-elle la solution à la crise », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, p 79-84

ARMONE M., LAURENS B.J., SEGALOTTO J-F & SOMMER M., « Central Bank Autonomy: Lessons from Global Trends », *IMF Working Papers*, WP/07/88 (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2007/wp0788.pdf>)

ARTUS P., BETBEZE J.-P., de BOISSIEUR C. & CAPELLE-BLANCHARD G., « La crise des *subprimes* » in CAE, *La crise des subprimes*, La documentation française, Paris, 2008, pp. 7-133

ARTUS P., « Zone euro : les responsables de la crise de la dette », *Politique étrangère*, 2011 n°4, pp. 755-762

BANDUCCI S.A., KARP J.A. & LOEDEL P.H., « Economic interests and public support for the euro », *JEPP*, 2009, Vol. 16 n° 4, pp. 564-581

BETHEZE J.-P., COUPPEY-SOUBEYRAN J. & PLIHON D., « Pour un changement de *central banking* : la nécessaire coordination de la politique monétaire et de la politique macro-prudentielle au sein de la Banque centrale » in Conseil d'analyse économique, *Banques centrales et stabilité financière*, La documentation française, Paris, 2011, pp. 117-187

BARRO R.J. & GORDON D.B.,

« A Policy Theory of Monetary Policy in a Natural Rate Model », *The Journal of Political Economy*, 1983, Vol. 91 n°4, pp. 589-610

« Rules, Discretion and Reputation in a Model of Monetary Policy », *Journal of Monetary Economics*, 1983, Vol. 12, pp. 101-121

BINI-SMAGHI L. & GROS D., *Is the ECB sufficiently accountable and transparent?*, CEPS Working Document, n° 169, Juillet 2001

BLEANEY M., « Monetary Targetting and Policy Credibility in a Non-market Clearing Model », *The Economic Journal*, 1991, Vol. 101, pp. 473-483

BORDES C., « Pour un aménagement du *central banking* : à la recherche de l'affectation optimale des instruments des politiques monétaires et macro-prudentielles » in Conseil d'analyse économique, *Banques centrales et stabilité financière*, La documentation française, Paris, 2011, pp. 21-116

BOURRINET J.,

- « Des appréciation nuancées sur le fonctionnement de la zone euro au fil des observations externes » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 81-98
- « La zone Euro confrontée à la crise financière et économique de 2008 » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, p. 9-16, ici p. 99-113
- « Vers une refondation de la gouvernance économique de la zone euro ? » in *Réalisations et défis de l'Union européenne – Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant, Bruxelles, 2012 pp. 131-153
- BUITER W.H., « Alice in Euroland », *JCMS*, 1999, Vol. 37 n°2, pp. 181-209
- CLAESSENS S., ASHOKA M. & VALLEE S., « Paths to Eurobonds », *Bruegel Working Paper*, 2012/10
- COOPER R., « Exit from monetary union through euroization: discipline without chaos », *EUI Working Papers*, Eco 2012/09
- CROZET M., « Les défis de l'hétérogénéité de l'Union européenne », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, p 33-39
- DOWNS A., « An Economic Theory of Political Action in a Democracy », *The journal of Political Economy*, 1957, Vol. 65 n°2, pp. 135-150
- EICHENGREEN B., « The Breakup of the Euro area », NBER Working Paper No. 13393, Février 2010
- EIJFFINGER S.C.W. & GERAATS P.M., *How transparent are Central Banks*, CEPR Working Papers, n° 3188, 2002 (mis à jour en 2005, <http://www.econ.cam.ac.uk/faculty/geraats/tpindex.pdf>)
- ERNOULT T., « Maquillage des comptes publics grecs : statistiques à la dérive », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp. 113-115.
- FAVRAQUE E., AZMAR HAYAT M. & MIHAILOV A., « Who Supports the ECB? Evidence from Eurobarometer Survey Data », *Department of Economics University of Reading*, 2011 (mis à jour Avri 2012, <http://www.reading.ac.uk/web/FILES/economics/emdp2011092.pdf>)
- FERNANDES S., « Crise de la dette et crise bancaire : vers des garanties européennes », *Notre Europe*, Bref n° 26 Juin 2012
- FLOUZAT SOMONT D'AURILLY D., « Le concept de banque centrale », *Bulletin de la Banque de France*, n° 70 Octobre 1999, pp. 73-97
- de GRAUWE P.,
- « The Governance of a Fragile Eurozone », *CEPS Working Document*, Mai 2011, n° 346
- « A self-inflicted crisis », *CEPS Commentary*, 31 mai 2012
- GRJEBINE A., « Les déséquilibres intra-européens : A qui la faute ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp. 45-52
- GROS D. & ROTH F., « The financial crisis and citizen trust in the European Central Bank », *CEPS Working Document*, Juillet 2010, n° 334.
- GROS D., « Decline and fall for the euro? », *CEPS commentary*, 12 janvier 2012
- GOODHEART C.A.E.,
- « Central Bank Independence » in GOODHEART C.A.E., *The Central Bank and the Financial System*, MIT Press, Cambridge, 1995, pp. 60-71.
- « The Objectives for, and Conduct of, Monetary Policy in the 1990's » in GOODHEART C.A.E., *The Central Bank and the Financial System*, MIT Press, Cambridge, 1995, pp. 216-235

- de HAAN J. & AMTENBRINK F., *A Non-Transparent European Central Bank? Who is to blame?*, papier présenté à la conférence « Monetary Policy Transparency » à la Bank of England (version révisée, juin 2003)
- de HAAN J., AMTENBRINK F. & WALLER S., « The Transparency and Credibility of the European Central Bank », *JCMS*, 2004, Vol. 42 n° 4, pp. 774-794
- ISSING O., « The Eurosystem: Transparent and Accountable or 'Willem in Euroland' », *JCMS*, Vol. 37 n°3, pp. 503-519
- JAOU L. & SCHLOESING O., « L'Union européenne des paiements », *Revue économique*, 1954, Vol. 5 n°2, pp. 263-277
- KIRKEGAARD J.K., « The ECB as a fully political player », *voxeu.org*
- KYDLAND F.C. & PRESCOTT E.C., « Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans », *The Journal of Political Economy*, 1977, Vol. 85 n°3, pp. 473-492
- LAMY P., « Pourquoi l'Euro ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, p 12-22
- LANNOO K., « Banking Union in Three Steps », *CEPS Commentary*, 12 juin 2012
- LINDBECK A., « Stabilization Policy in Open Economies Endogenous Politicians », *The American Economic Review*, 1976, Vol. 66 n°2, pp. 1-19
- MISTAL J., « Enfin une gouvernance économique de la zone Euro », *Politique étrangère*, 2011, n° 4, pp. 763-772
- NORDHAUS W.C., « The Political Business Cycle », *Review of Economic Studies*, 1975, Vol. 42 n°2, pp. 169-190
- PISANI-FERRY J., SAPIR A., VERON N. & WOLFF B., « What kind of european banking union », *Bruegel Policy Contribution*, 2012 n°12
- SCHMITT B., « Nature de la monnaie : une approche économique » in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational.*, Association Internationale de Droit Economique sous la coordination de Philippe Kahn, Paris, Litec 1988, pp. 63-100
- THOMPSON E.A., « Who Should Control the Money Supply? », *The American Economic Review*, 1981, Vol. 71 n° 2, pp. 356-361
- VIGNERON P.,
 « Introduction » in in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 9-16
 « La construction incomplète de la zone Euro » in BOURRINET J. & VIGNERON P., *Les paradoxes de la zone Euro*, Bruylant, Bruxelles 2010, pp. 35-55
- WÄLTI S., « Trust no more? The impact of the crisis on citizens' trust in central banks », *Swiss National Bank*, Juillet 2011
- WYPLOSZ C.,
 « La Banque centrale européenne en quête de maturité » ARTUS P. & WYPLOSZ C., *La Banque centrale européenne*, La documentation française, Paris, 2002, respectivement pp. 9-72
 « Les racines de la crise », *Regards croisés sur l'économie*, 2012, Vol. 11 n°1, pp. 26-30

Épistémologie :

Monographies :

- DURAND D., *La systémique*, 11^{ème} Ed., Que sais-je ?, PUF, Paris, 2010, 127p.
- LUGAN J-C, *La systémique sociale*, 5^{ème} Ed., Que sais-je ?, PUF, Paris, 2009, 127p.

le MOIGNE J.-L., *La modélisation des systèmes complexes*, Dunod, Paris, 1999, 178p.

MORIN E.,

Introduction à la pensée complexe, Seuil, Paris 2005, 158p

La méthode (édition rassemblant les six tomes), Seuil, Paris, 2008, 2463p.

NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, 246 p.

Articles :

NOUVEL P., « Modèles et métaphores » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, pp. 189-202

OST F., « Les détours de Babel – La traduction comme paradigme », 53 p.

(<http://www2.academieroyale.be/academie/documents/CB2010docpostlimOST6431.pdf>)

PICAVET E., « Modèles formels et rationalité politique » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, pp. 161-185

UTAKER A., « Analogie, métaphores et concepts » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, pp. 203-221

WALLISER B., « Les modèles économiques » in NOUVEL P. (dir), *Enquête sur le concept de modèle*, PUF, Paris 2002, p. 147-159

Publications officielles :

Union européenne :

Rapport sur le contrôle démocratique dans la troisième phase de l'UEM, Commission économique, monétaire et de la politique industrielle (Rapporteur C. Randzio-Plath), 23 mars 1998

The High Level Group of Financial Supervision in the EU, *Report* (dit Rapport Larosière), 25 february 2009.

BCE / Eurosysteme :

Rapports :

IME, *Rapport sur la convergence – Mars 1998*, IME, Francfort-sur-le-Main, 1998, 396p

BCE, *Rapport Annuel 1999*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2000.

ECB, *Improving Cross-Border Retail Payment Services Progress Report*, September 2000

BCE, *Rapport Annuel 2000*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2001.

BCE, *Rapport Annuel 2001*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2002.

BCE, *Rapport Annuel 2002*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2003.

ECB, *Toward a single Euro Payment Area – Progress Report*, June 2003

BCE, *Rapport Annuel 2003*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2004.

BCE, *Vers un espace unique des paiements en Europe – Troisième rapport d'étapes*, 2 décembre 2004

BCE, *Rapport Annuel 2004*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2005.

BCE, *Guide relatif à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2005.

BCE, *Rapport Annuel 2005*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2006.

BCE, *Vers un espace unique des paiements en Euro – Objectifs et échéances – 4^{ème} rapport d'étape*, Février 2006

BCE, *Rapport Annuel 2006*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2007.

BCE, *Rapport Annuel 2007*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2008.

BCE, *L'espace unique des paiements en Euro (SEPA) Du concept à la réalité – Cinquième rapport d'étapes*, Juillet 2007

BCE, *L'espace unique des paiements en Euro – Sixième rapport d'étape*, Novembre 2008

BCE, *Rapport Annuel 2008*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2009.

BCE, *L'espace unique de paiement en Euro (SEPA)*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2009, 30p.

BCE, *Rapport Annuel 2009*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2010.

BCE, *L'espace unique des paiements en Europe – 7^{ème} rapport d'étape : de la théorie à la pratique*, BCE, 2010, 58p.

BCE, *Rapport sur la convergence – Mai 2010*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2010, 57p.

ECB, *TARGET annual report 2010*, ECB, Frankfurt am Main, 2011, 62p.,

ECB, *Correspondant Central Banking Model (CCBM) – January 2011*, ECB, Frankfurt am Main, 2011, 19 p.,

BCE, *Rapport mensuel 2011*, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2012, 264p.

Autres publications :

SCHELLER H.K., *La Banque centrale européenne : histoire, rôle et fonction*, 2^{ème} Edition, BCE, Francfort-sur-le-Main, 2006, 229p.

ECB, *Payment and securities settlement systems in the European Union, Blue Book, 4th Ed., Volume 1: euro area countries*, ECB, Francfort sur le Main, 2007, 459p.w

KOKKOLA T (Ed.), *The payment system – Payments, securities and derivatives and the role of the Eurosystem*, ECB, 2010, Francfort sur le Main, 369p.,

Articles / Working Papers:

BCE, « La stratégie de politique monétaire axée sur la stabilité de l'Eurosystème », *Bulletin Mensuel*, Janvier, 1999, p. 41-53

BCE, « Les instruments juridiques de la Banque centrale européenne », *Bulletin mensuel de la BCE*, Novembre 1999, p. 53-59

BCE, « L'UEM et la surveillance bancaire », *Bulletin Mensuel Avril 2000*, p. 50-66

BCE, « Les relations de la BCE avec les institutions et les organes de la Communauté européenne », *Bulletin Mensuel*, Octobre 2000, p. 49-64

BCE, « Les deux piliers de la stratégie de politique monétaire de la BCE », *Bulletin Mensuel, Novembre 2000*, p. 37-48

BCE, « Le cadre et les instruments de politique monétaire », *Bulletin mensuel*, Mai 2001, p. 41-58,

BCE, « La responsabilité de la BCE », *Bulletin Mensuel*, Novembre 2002, p. 45-57

BCE, « La responsabilité de la politique monétaire de la BCE », *Bulletin Mensuel*, Novembre 2002, p. 59-67

BCE, « Les modifications du cadre opérationnel de la politique monétaire », *Rapport Mensuel* Août 2003, p. 41-55.

BCE, « Premier bilan des modifications du cadre opérationnel de l'Eurosystème pour la mise en œuvre de la politique monétaire », *Bulletin Mensuel*, Février 2005, p. 65-7

DUISENBERG W.F., « Introduction » in *The Eurosystem, the Union and beyond – The single currency and implications for governance – An ECB colloquium held in honour of Tommaso Padoa-Schioppa*, BCE, Frankfort, 2005, p. 1

GRUBER G. & BENISCH M., « Privileges and immunities of the European Central Bank », ECB, Legal Working Paper Series, N°4 Juin 2007

BCE, « Les opérations d'*open market* de l'Eurosystème lors de la période récente de volatilité des marchés de capitaux », *Bulletin mensuel*, Mai 2008, p. 89-105

Banque de France, « La Banque centrale européenne, l'Eurosystème et le Système européen de banques centrales », *Note d'information*, n°139, juin 2008, p. 9

Banque de France, *La crise financière*, Documents et débats, février 2009 n°2

BCE, « L'orientation de la politique monétaire au cours de la crise financières », *Bulletin mensuel*, Janvier 2010, 63-71

Banque de France, *De la crise financière à la crise économique*, Documents et débats, janvier 2010 n°3

BCE, « Les mesures non conventionnelles de la BCE, leur incidence et leur suppression », *Rapport Mensuel*, Juillet 2011, p. 55-69
de SEZE, MARCHAND A. & BARDY R., « L'outre mer français et l'euro », *Bulletin de la Banque de France*, 2011 4^{ème} Trimestre, n° 136, p. 89-105

Discours de membres de l'Eurosystème¹⁴³⁰:

BINI SMAGHI L.,

« L'Union Economique et Monétaire : Quelle place pour la Zone Euro sur la scène internationale ? », 26 mars 2007

« The value of central bank communication », 20 novembre 2007

« A failure of capitalism? », 16 octobre 2009

« Lessons of the crisis: Ethics, Markets, Democracy », 13 mai 2010.

« Basel III and monetary policy », 29 septembre 2010

« Western Democracy and its Discontents: Economic and Political Challenges », 14 octobre 2010

« Whither Europe after the crisis? », 11 mars 2011

« European democracies and decision-making in times of crisis », 8 juillet 2011

DRAGHI M. « Verbatim of the remarks made by Mario Draghi », 26 juillet 2012

DUISENBERG W.F.,

« The past and future of European integration: a central banker's perspective », 26 septembre 1999

« The euro as a catalyst for legal convergence in Europe », 17 septembre 2000

« The role of the Eurosystem in prudential supervision », 24 avril 2002

GONZALEZ-PARAMO J. M., « The role of information and communication in central bank policy: The experience of the recent financial turmoil », 3 décembre 2007

HÄMÄLÄINEN S.,

« The single currency and European integration », 16 octobre 2000

« Implementing monetary policy in the euro area », 26 mars 2002

ISSING O.,

« The ECB and its watchers », 17 juin 1999.

« Should we have faith in central bank », 26 octobre 2000

« The Euro Area and the Single Monetary Policy », *OENB Working Papers*, n°44, 2001

« Europe's challenges after the establishment of Monetary Union: a central banker's view », 1^{er} décembre 2000

« The euro – a currency without a state », 24 mars 2006

NOYER C.,

« La Banque centrale européenne: bilan et perspectives après onze mois », 24 novembre 1999

« The European Central Bank: The economic and financial driving force behind future Europe », 26 octobre 1999

¹⁴³⁰ Le site internet de la BCE archive tous les discours de ses membres (<http://www.ecb.int/press/key/html/index.en.html>). Pour les gouverneurs des BCN, ils sont disponibles sur une page spéciale du site de la Banque des règlements internationaux (qui répertorie toutes les interventions des banquier centraux mondiaux) : <http://www.bis.org/list/cbspeeches/index.htm>, ceux du gouverneur de la Banque de France, sur le site : <http://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/communiqués-et-discours-des-autorités-de-la-banque/discours-des-autorités-de-la-banque.html>

- « The role of the euro as a new European currency », 29 septembre 1999
 - « Le passé récent et le grand avenir de l'euro », 23 février 2000
 - « L'élaboration de la politique monétaire dans la zone euro », 23 mars 2000
 - « How to combine a deepening and widening of the European Union », 22 novembre 2000
 - « La France, l'Europe, l'euro et la BCE », 22 mars 2002
 - « La politique monétaire de l'Eurosystème : une vision interne », 8 octobre 2007
 - « La zone euro : défis et réponses », 16 mai 2011
 - « L'euro, remarquable succès », *Journal du dimanche*, 1^{er} janvier 2012
 - « Réflexions sur la crise », 17 novembre 2008
 - « Les défis de la nouvelle architecture de la supervision européenne », *Euredia*, 2010, n° 2, pp.151-155
 - « Politique monétaire et politique macroprudentielle », 1^{er} octobre 2010
 - « Europe : une crise financière, pas monétaire », 28 et 30 novembre 2011
 - « L'orthodoxie des banques centrales à l'épreuve d'une période non-orthodoxe », 26 mars 2012
 - « La prochaine étape pour la Zone euro est l'union financière », 12 juin 2012
- PADOA-SCHIOPPA T.,
- « The external representation of the euro area », 17 mars 1999
 - « Eurosystem: new challenges for old missions », 15 avril 1999
 - « The euro: a currency bridging peoples and culture », 7 mai 1999
 - « An institutional glossary of the Eurosystem », 8 mars 2000
 - « Domestic payments in Euroland: commercial and central bank money », 9 novembre 2000
 - « Opening speech », 12 juin 2003
- SOLANS E.D., « The importance of Eurostat for the monetary policy of the European Central Bank », 16 mai 2003
- TRICHET J-C,
- « The Eurosystem: the European Monetary Team » in OENB, *Competition of Regions and Integration in EMU*, 2002, p. 139-148 (http://www.oenb.at/de/img/vowitag_2002_tcm14-8873.pdf)
 - « Keynote speech at the Académie des Sciences Morales et Politiques », 24 mai 2004
 - « Identité européenne », 10 septembre 2004
 - « Asset price bubbles and monetary policy », 8 juin 2005
 - « La politique monétaire européenne : principes, résultats et questions actuelles », 23 mars 2006
 - « Le rôle des banques centrales dans une économie mondialisée », 18 juin 2007
 - « Toward the First Decade of Economic and Monetary Union – Experiences and Perspectives », 28 avril 2008
 - « The ECB's exit strategy », 4 septembre 2009
 - « The Eurosystem team at ten years », 12 novembre 2008
 - « Réflexions sur les turbulences financière », 23 décembre 2008
 - « Lessons drawn from the crisis », 18 juin 2010
 - « The ECB's response to the crisis », 26 mai 2011
 - « Construire l'Europe, bâtir ses institutions », 2 juin 2011
 - « Tomorrow and the day after tomorrow: a vision for Europe », 24 octobre 2011
- WEIDMANN J, « Rebalancing Europe », 28 mars 2012

Assemblée nationale (France) :

GARRIGUE G., *L'Europe face à la crise financière – Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes*, n°1291, 3 décembre 2008.

PLAGNOL G., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur : le projet de loi n° 4337 (procédure accélérée) autorisant la ratification de la décision du Conseil européen modifiant l'article 136 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro, et le projet de loi n° 4336 (procédure accélérée) autorisant la ratification du traité instituant le mécanisme européen de stabilité*, n°4347 et 4348, 14 décembre 2012.

Divers (Organisations internationales) :

International Monetary Fund, Bank for International Settlements & the Secretariat of the Financial Stability Board, *Guidance to Assess the Systemic Importance of Financial Institutions, Markets and Instruments: Initial Considerations (Report to the G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors)*, October 2009.

Droit dérivé :

(seuls les textes d'origines sont cités, pour les mises à jour se reporter au corps de la thèse)

Conseil et Parlement :

Règlements

- Règlement 1092/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 1-11
- Règlement 1093/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 12-47
- Règlement 1094/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles), modifiant la décision 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/79/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 48-83
- Règlement 1095/2010/UE du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité européenne des marchés financiers), modifiant la décision 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/77/CE de la Commission, JO n° L 331 du 15.12.2010, pp. 84-119
- Règlement 1173/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la mise en œuvre efficace de la surveillance budgétaire dans la zone euro, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 1-7
- Règlement 1174/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 établissant des mesures d'exécution en vue de remédier aux déséquilibres macroéconomiques excessifs dans la zone euro, JO L n° 306 du 23.11.2011, pp. 8-11
- Règlement 1175/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 modifiant le règlement 1466/97/CE du Conseil relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 12-24
- Règlement 1176/2011/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques, JO L n° 306 du 23.11.2011, pp. 25-32
- Règlement 1177/2011/UE du Conseil du 8 novembre 2011 modifiant le règlement 1467/97/CE visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JO L n° 306 du 23.11.2011, pp. 33-40

Directives

- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JO n° L 134 du 30.4.2004, p. 114-240

- Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice (refonte), JO n° L 177 du 30.6.2006, pp. 1–200
- Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO n° L 335 du 20.12.2007, pp. 31–46
- Directive 2011/85/UE du Conseil du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres, JO n° L 306 du 23.11.2011, pp. 41-47

Conseil :

Règlements

- Règlement 907/73/CEE du Conseil, du 3 avril 1973, instituant un Fonds européen de coopération monétaire, JO n° L 89 du 5.4.1973, pp. 2–5
- Règlement 1198/98/CE,CECA,Euratom du Conseil du 5 juin 1998 modifiant le règlement 549/69/CE,CECA,Euratom déterminant les catégories des fonctionnaires et agents des Communautés européennes auxquelles s'appliquent les dispositions des articles 12, 13 deuxième alinéa et 14 du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés, JO n° L 166 du 11.6.1998, p. 3.
- Règlement 1466/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques, JO n° L 209 du 2.8.1997, pp. 1-5
- Règlement 1467/97/CE du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JO L n° 209 du 2.8.1997, pp. 6-11
- Règlement 975/98/CE du Conseil, du 3 mai 1998, sur les valeurs unitaires et les spécifications techniques des pièces libellées en euros destinées à la circulation, JO n° L 139 du 11.5.1998, pp 6-8
- Règlement 2531/98/CE du Conseil, du 23 novembre 1998, concernant l'application de réserves obligatoires par la Banque centrale européenne, JO n° L 318 du 27.11.1998, pp. 1–3
- Règlement 2532/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions, JO n° L 318 du 27.11.1998, p. 4-7
- Règlement 2533/98/CE du Conseil du 23 novembre 1998 concernant la collecte d'informations statistiques par la Banque centrale européenne, JO n° L 318 du 27.11.1998, pp. 8-19
- Règlement 1073/1999/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JO n° L 136 du 31.5.1999, pp. 1-7
- Règlement 1009/2000/CE du Conseil du 8 mai 2000 relatif aux augmentations de capital de la Banque centrale européenne JO L n° 115 du 16.5.2000, pp. 1
- Règlement 1338/2001/CE du Conseil du 28 juin 2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage, JO n° L 181 du 4.7.2001, pp. 6-10.

- Règlement 1605/2002/CE, Euratom du Conseil du 25 juin 2002 portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, JO n° L n° 248 du 16.9.2002, pp. 1-48.
- Règlement 1056/2005/CE du Conseil du 27 juin 2005 modifiant le règlement 1467/97/CE visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs, JO L n° 174 du 7.7.2005, pp. 5-9
- Règlement 44/2009/CE du Conseil du 18 décembre 2008 modifiant le règlement (CE) n° 1338/2001 définissant des mesures nécessaires à la protection de l'euro contre le faux monnayage, JO L n° 17 du 22.1.2009, pp. 1-3.
- Règlement 407/2010/UE du Conseil du 11 mai 2010 établissant un mécanisme européen de stabilisation financière, JO L n° 118 du 12.5.2010, pp. 1-4.
- Règlement 1096/2010/UE du Conseil du 17 novembre 2010 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques relatives au fonctionnement du Comité européen du risque systémique, JO L n° 331 du 15.12.2010, pp. 162–164

Directives

- Première directive 77/780/CEE du Conseil, du 12 décembre 1977, visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, JO n° L 322 du 17.12.1977, pp. 30-37
- Directive 88/361/CEE du Conseil du 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité, JO n° L 178 du 08/07/1988 p. 5-18
- Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, JO n° L 395 du 30.12.1989, pp. 33–35
- Directive 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JO n° L 76 du 23.3.1992, pp. 14-20

Décisions :

- Décision du Conseil du 8 mai 1964, concernant la collaboration entre les banques centrales des États membres de la Communauté économique européenne (64/300/CEE), JO n° 77 du 21.5.1964, p. 1206–1207.
- Décision du Conseil du 8 novembre 1993, relative à sa dénomination suite à l'entrée en vigueur du traité sur l'Union européenne (93/591/CE), JO n° L 281 du 16.11.1993, p. 18
- Décision du Conseil du 3 mai 1998 conformément à l'article 109 J, paragraphe 4, du traité (98/317/CE), JO n° L 139 du 11.5.1998, pp. 30-35.
- Décision du Conseil, du 29 juin 1998, relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation (98/415/CE), JO n° L 189 du 3.7.1998, pp. 42-43
- Décision du Conseil du 21 décembre 1998 sur les modalités relatives à la composition du comité économique et financier (98/743/CE), JO L n° 358 du 31.12.1998, pp. 109-110

- Décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Principauté de Monaco (1999/96/CE), JO n° L 30 du 4.2.1999, pp. 31-32
- Décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la République de Saint-Marin (1999/97/CE), JO n° L 30 du 4.2.1999, pp. 33-34
- Décision du Conseil du 31 décembre 1998 sur la position à adopter par la Communauté en ce qui concerne un accord sur les relations monétaires avec la Cité du Vatican (1999/98/CE), JO n° L 30 du 4.2.1999, pp. 35-36
- Décision du Conseil 19 juin 2000, pour l'adoption par la Grèce de la monnaie unique au 1^{er} janvier 2001 (2000/427/CE), JO n° L 167 du 7.7.2000, pp. 19-21
- Décision du Conseil du 29 septembre 2000 relative à la composition et au statut du comité de politique économique (2000/604/CE), JO n° L n° 257 du 11.10.2000, pp. 28-31
- Décision du Conseil du 18 juin 2003 modifiant la décision 2000/604/CE relative à la composition et au statut du comité de politique économique (2003/475/CE), JO L n° 158 du 27.6.2003, pp. 55-57
- Décision du Conseil du 18 juin 2003 portant révision du statut du comité économique et financier (2003/476/CE), JO L n° 158 du 27.6.2003, pp. 58-60
- Décision du Conseil du 2 novembre 2004 instituant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (2004/752/CE, Euratom), JO n° L 333 du 9.11.2004, pp. 7-11.
- Décision du Conseil du 11 juillet 2006, pour l'adoption par la Slovénie de la monnaie unique au 1^{er} janvier 2007 (2006/495/CE), JO n° L 195 du 15.7.2006, pp. 25-27
- Décision du Conseil du 15 septembre 2006 portant adoption de son règlement intérieur (2006/683/CE, Euratom), JO L n° 285 du 16.10.2006, p. 47
- Décision du Conseil du 10 juillet 2007 relative à l'adoption, par Chypre, de la monnaie unique au 1^{er} janvier 2008 (2007/503/CE), JO n° L 186 du 18.7.2007, pp. 29-31
- Décision du Conseil 10 juillet 2007 relative à l'adoption, par Malte, de la monnaie unique au 1^{er} janvier 2008 (2007/504/CE), JO n° L 186 du 18.7.2007, pp. 32-34
- Décision du Conseil 8 juillet 2008 pour l'adoption de la monnaie unique par la Slovaquie au 1^{er} janvier 2009 (2008/608/CE), JO n° L 195 du 24.7.2008, pp. 24-27
- Décision du Conseil du 1^{er} décembre 2009 portant adoption de son règlement intérieur (2009/937/UE), JO L n° 325 du 11.12.2009, p. 35
- Décision du Conseil du 8 juin 2010 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif (2010/320/UE), JO n° L 145 du 11.6.2010, pp. 6-11.
- Décision du Conseil 13 juillet 2010 concernant l'adoption de l'euro par l'Estonie le 1^{er} janvier 2011 (2010/416/UE), JO n° L 196 du 28.7.2010, pp. 24-26
- Décision d'exécution du Conseil du 7 décembre 2010 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union à l'Irlande (2011/77/UE), JO L n° 30 du 4.2.2011, pp. 34-39
- Décision d'exécution du Conseil du 30 mai 2011 sur l'octroi d'une assistance financière de l'Union au Portugal (2011/344/UE), JO n° L 159 du 17.6.2011, pp. 88-92
- Décision du Conseil du 12 juillet 2011 adressée à la Grèce en vue de renforcer et d'approfondir la surveillance budgétaire et mettant la Grèce en demeure de prendre des mesures pour procéder à la réduction du déficit jugée nécessaire pour remédier à la situation de déficit excessif (2011/734/UE), JO n° L 296 du 15.11.2011, pp. 38-52.
- Décision-cadre du Conseil du 29 mai 2000 visant à renforcer par des sanctions pénales et autres la protection contre le faux monnayage en vue de la mise en circulation de l'euro, JO L n° 140 du 14.6.2000, pp. 1-3

Commission :

Décisions :

- Décision de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité bancaire européen (2004/10/CE), JO L n° 3 du 7.1.2004, pp. 36-37
- Décision de la Commission du 5 novembre 2003 instituant le comité européen des contrôleurs bancaires (2004/5/CE), JO L n° 3 du 7.1.2004, pp. 28-29
- Décision de la Commission du 21 novembre 2011 relative à la conclusion, au nom de l'Union européenne, de l'accord monétaire entre l'Union européenne et la Principauté de Monaco (2012/C 23/07), JO n° C 23 du 28.1.2012, pp. 13-23

Communications :

- Communication de la Commission du 9 novembre 1998, Proposition de décision du Conseil sur la représentation et la prise de position de la Communauté au niveau international dans le contexte de l'Union économique et monétaire, COM(1998)637 final).
- Communication de la Commission du 25 juillet 2001, Gouvernance européenne - Un livre blanc, COM(2001) 428 final, JO C 287 du 12.10.2001, pp. 1-29.
- Communication de la Commission du 10 septembre 2009, Achèvement du SEPA : feuille de route 2009-2012, COM 2009 (471) Final
- Communication du Président à la Commission, du 10 mai 2011 (C2010) 7649 final, Encadrement des groupes d'experts de la Commission : règles horizontales et registre public, SEC (2010) 1360 final
- Commission européenne, Rapport sur les statistiques du déficit de la dette publique en Grèce, COM(2010)1 final, 8 janvier 2011
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 1049/2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, du 23 mars 2011, COM 2011/0137/Final
- Commission européenne, Livre vert sur la faisabilité d'obligations de stabilité, COM(2011) 818final, 23 novembre 2011
- Communication de la Commission du 11 janvier 2012 COM(2011) 941 final, Livre Vert Vers un marché européen intégré des paiements par carte, par internet et par téléphone mobile

Etudes :

- European Commission, *One market, one money – European Economy 1990*, 347p.,
- European Commission, *EMU @10 : Successes and challenges after 10 years of Economic and monetary Union – European Economy 2/2008*, 328p

BCE / Eurosystem :

Règlements

- Règlement 2818/98/CE de la Banque centrale européenne du 1er décembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/1998/15), JO n° L 356 du 30.12.1998, pp. 1-6
- Règlement 2819/98/CE de la Banque centrale européenne du 1er décembre 1998 concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (BCE/1998/16), JO n° L 356 du 30.12.1998, pp. 7-40
- Règlement 2157/1999/CE de la Banque centrale européenne, du 23 septembre 1999, concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions (BCE/1999/4), JO n° L 264 du 12.10.1999, pp. 21-26
- Règlement 2423/2001/CE de la Banque centrale européenne du 22 novembre 2001 concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (BCE/2001/13), JO n° L 333 du 17.12.2001, pp. 1-46
- Règlement 63/2002/CE de la Banque centrale européenne du 20 décembre 2001 concernant les statistiques sur les taux d'intérêt appliqués par les institutions financières monétaires aux dépôts et crédits vis-à-vis des ménages et des sociétés non financières (BCE/2001/18), JO n° L 10 du 12.1.2002, pp. 24-46.
- Règlement 1745/2003/CE de la Banque centrale européenne du 12 septembre 2003 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9), JO n° L 250 du 2.10.2003, pp. 10-16
- Règlement 1027/2006/CE de la Banque centrale européenne du 14 juin 2006 relatif aux obligations de déclaration statistique concernant les organismes de chèques et virements postaux qui reçoivent des dépôts de résidents de la zone euro autres que les institutions financières monétaires (BCE/2006/8), JO n° L 184 du 6.7.2006, pp. 12-24
- Règlement 958/2007/CE de la BCE du 27 juillet 2007 relatif aux statistiques sur les actifs et les passifs des fonds de placement (BCE/2007/8) JO L 211 du 14.8.2007, pp. 8-29
- Règlement 1052/2008/CE de la BCE du 22 octobre 2008 modifiant le règlement 1745/2003/CE (BCE/2003/9) concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2008/10), JO n° L 282 du 25.10.2008, pp. 14-16.
- Règlement 25/2009/CE de la Banque centrale européenne du 19 décembre 2008 concernant le bilan du secteur des institutions financières monétaires (Refonte) (BCE/2008/32) JO L 15 du 20.1.2009, pp. 14-62.
- règlement 24/2009/CE de la BCE du 19 décembre 2008 relatif aux statistiques sur les actifs et les passifs des sociétés-écrans effectuant des opérations de titrisation (BCE/2008/30), JO n° L 15 du 20.1.2009, pp. 1-13
- Règlement 1358/2011/CE de la BCE du 14 décembre 2011 modifiant le règlement 1745/2003/CE concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/2003/9) (BCE/2011/26), JO n° L 338 du 22.12.2011, p. 51

Décisions

- Décision de la Banque centrale européenne du 9 juin 1998 concernant la méthode à appliquer pour déterminer les parts, exprimées en pourcentage, des Banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne (1999/31/CE) (BCE/1998/1), JO n° L 8 du 14.1.1999, pp. 31-32.

- Décision de la Banque centrale européenne du 9 juin 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la Banque centrale européenne (1999/32/CE) (BCE/1998/2), JO n° L 8 du 14.1.1999, pp. 33-35.
- Décision de la BCE du 9 juin 1998 relative à l'adoption des conditions d'emploi du personnel de la BCE modifiée le 31 mars 1999 (1999/330/CE) (BCE/1998/4), JO n° L 125 du 19.5.1999, p. 32
- Décision de la Banque centrale européenne du 1^{er} décembre 1998 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales des États membres non participants (1999/285/CE) (BCE/1998/14), JO n° L n° 110 du 28.4.1999, pp. 33-34
- Décision de la Banque centrale européenne du 1^{er} décembre 1998 concernant les parts exprimées en pourcentage des banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la Banque centrale européenne (1999/331/CE)(BCE/1998/13), JO n° L 125 du 19.5.1999, p. 33
- Décision de la Banque centrale européenne, du 12 octobre 1999, concernant le règlement intérieur du directoire de la Banque centrale européenne (1999/811/CE) (BCE/1999/7), JO n° L 314 du 8.12.1999, pp. 34-35
- Décision de la Banque centrale européenne du 3 novembre 1998, modifiée par la décision du 14 décembre 2000, concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres participants et des pertes de la BCE relatives aux exercices 1999 à 2001 (2000/825/CE) (BCE/2000/19), JO n° L 336 du 30.12.2000, pp. 119-121
- Décision de la Banque centrale européenne du 6 décembre 2001 relative à l'émission des billets en euros (2001/913/CE) (BCE/2001/15), JO n° L 337 du 20.12.2001, pp. 52-54
- Décision de la BCE du 20 mars 2003 concernant les valeurs unitaires, les spécifications, la reproduction, l'échange et le retrait des billets en euros (2004/205/CE) (BCE/2003/4), JO n° L 78 du 25.3.2003, pp. 16-19
- Décision de la Banque centrale européenne du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (2004/257/CE)(BCE/2004/2), JO n° L 80 du 18.3.2004, pp. 33-41
- Décision de la Banque centrale européenne du 4 mars 2004 relative à l'accès du public aux documents de la Banque centrale européenne (2004/258/CE)(BCE/2004/3), JO n° L 80 du 18.3.2004, pp. 42-44
- Décision de la Banque centrale européenne du 22 avril 2004 fixant les modalités des transferts des parts de capital de la Banque centrale européenne entre les banques centrales nationales et de l'adaptation du capital libéré (2004/504/CE)(BCE/2004/7), JO n° L 205 du 9.6.2004, pp. 9-12
- Décision de la Banque centrale européenne du 23 avril 2004 arrêtant les mesures nécessaires à la libération du capital de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales non participantes (2004/507/CE)(BCE/2004/10), JO n° L 205 du 9.6.2004, pp. 19-20
- Décision de la BCE du 17 juin 2004 portant adoption du règlement intérieur du conseil général de la BCE (2004/526/CE)(BCE/2004/12), JO n° L 230 du 30.6.2004, pp. 61-63
- Décision de la Banque centrale européenne du 3 juillet 2007 fixant les règles de passation des marchés (2007/497/CE)(BCE/2007/5), JO n° L 184 du 14.7.2007, pp. 34-48
- Décision de la Banque centrale européenne du 24 juillet 2007 relative aux modalités de TARGET2-BCE (2007/601/CE)(BCE/2007/7) JO L 237 du 8.9.2007, pp. 71-107
- Décision de la Banque centrale européenne du 14 novembre 2008 concernant l'application du règlement BCE/2008/11 du 23 octobre 2008 contenant des modifications temporaires aux règles applicables à l'éligibilité des garanties (2008/874/CE)(BCE/2008/15), JO n° L 309 du 20.11.2008, pp. 8-11
- Décision de la BCE du 12 décembre 2008 concernant les parts exprimées en pourcentage des banques centrales nationales dans la clé de répartition pour la souscription au capital de la BCE (2009/53/CE)(BCE/2008/23), JO n° L 21 du 24.1.2009, pp. 66-68.

- Décision de la Banque centrale européenne du 19 mars 2009 modifiant la décision BCE/2004/2 du 19 février 2004 portant adoption du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (2009/328/CE)(BCE/2009/5), JO n° L 100 du 18.4.2009, pp. 10-11.
- Décision de la Banque centrale européenne du 2 juillet 2009 relative à la mise en œuvre du programme d'achat d'obligations sécurisées (2009/522/CE)(BCE/2009/16), JO n° L 175 du 4.7.2009, pp. 18-19.
- Décision de la Banque centrale européenne du 10 décembre 2009 relative à l'approbation du volume de l'émission de pièces en 2010 (2010/14/CE) (BCE/2009/25), JO n° L 7 du 12.1.2010, p. 21
- Décision de la Banque centrale européenne du 6 mai 2010 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement hellénique (2010/268/CE)(BCE/2010/3), JO n° L 117 du 11.5.2010, pp. 102-103
- Décision de la Banque centrale européenne du 16 septembre 2010 relative à la vérification de l'authenticité et de la qualité ainsi qu'à la remise en circulation des billets en euros (2010/597/UE)(BCE/2010/14), JO n° L 267 du 9.10.2010, pp. 1-20
- Décision de la Banque centrale européenne du 25 novembre 2010 concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (2010/66/UE)(BCE/2010/23), JO n° L 35 du 9.2.2011, pp. 17-25
- Décision de la BCE du 25 novembre 2010 concernant la distribution provisoire du revenu de la BCE relatif aux billets en euros en circulation et provenant des titres achetés dans le cadre du programme pour les marchés de titres (2011/10/UE)(BCE/2010/24), JO n° L 6 du 11.1.2011, pp. 35-36.
- Décision de la Banque centrale européenne du 13 décembre 2010 concernant l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne (2011/20/UE)(BCE/2010/26), JO n° L 11 du 15.1.2011, p. 53
- Décision de la Banque centrale européenne du 13 décembre 2010 concernant la libération de l'augmentation du capital de la Banque centrale européenne par les banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (2011/21/UE)(BCE/2010/27), JO n° L 11 du 15.1.2011, p.p 54-55
- Décision de la BCE du 13 décembre 2010 relative à l'émission des billets en euros (refonte) (2011/67/UE)(BCE/2010/29), JO L n°35 du 9.2.2011, pp. 26-30
- Décision de la BCE du 13 décembre 2010 concernant la libération du capital de la BCE par les banques centrales nationales n'appartenant pas à la zone euro (2011/22/UE)(BCE/2010/28), JO L n° 11 du 15.1.2011, pp. 56-57
- Décision de la Banque centrale européenne du 31 mars 2011 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement irlandais (2011/227/UE)(BCE/2011/4), JO n° L 94 du 8.4.2011, pp. 33-34
- Décision de la Banque centrale européenne du 21 juin 2011 relative aux procédures d'autorisation environnementale et d'autorisation de santé et de sécurité pour la production de billets en euros (2011/397/UE)(BCE/2011/8), JO n° L 176 du 5.7.2011, pp. 52-58
- Décision de la Banque centrale européenne du 7 juillet 2011 relative à des mesures temporaires concernant l'éligibilité des titres de créance négociables émis ou garantis par le gouvernement portugais (2011/410/UE)(BCE/2011/10), JO n° L 182 du 12.7.2011, pp. 31-32
- Décision de la BCE du 3 novembre 2011 modifiant la décision BCE/2010/23 concernant la répartition du revenu monétaire des banques centrales nationales des États membres dont la monnaie est l'euro (2011/788/UE)(BCE/2011/18) JO n° L 319 du 2.12.2011, p. 116
- Décision de la Banque centrale européenne du 19 juin 2012 modifiant la décision BCE/2007/5 fixant les règles de passation des marchés (2012/367/UE)(BCE/2012/10), JO n° L 178 du 10.7.2012, p. 14

Orientations

- Orientation de la BCE du 31 août 2000 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2000/7), JO n° L 310 du 11.12.2000, pp. 1-82
- Orientation de la BCE du 3 novembre 1998 modifiée par l'orientation du 16 novembre 2000 relative à la composition et à la valorisation des avoirs de réserve de change et aux modalités de leur transfert initial ainsi qu'à la dénomination et à la rémunération des créances équivalentes (BCE/2000/15), JO n° L 336 du 30.12.2000, pp. 114-117
- Orientation de la Banque centrale européenne du 10 janvier 2001 adoptant certaines dispositions relatives au passage à l'euro fiduciaire en 2002 (BCE/2001/1), JO n° L 055 du 24/02/2001, pp. 80- 83.
- Orientation de la BCE du 26 septembre 2002 relative aux normes minimales applicables à la BCE et aux banques centrales nationales lors de la conduite des opérations de politique monétaire et des opérations de change effectuées avec les réserves de change de la BCE et lors de la gestion des avoirs de réserve de change de la BCE (BCE/2002/6), JO n° L 270 du 8.10.2002, pp. 14-161
- Orientation de la BCE du 16 septembre 2004 relative à l'approvisionnement en billets en euros (BCE/2004/18), JO n° L 320 du 21.10.2004, pp. 21-33
- Orientation de la Banque centrale européenne du 31 août 2006 portant modification de l'orientation BCE/2000/7 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (BCE/2006/12), JO n° L 352 du 13.12.2006, pp. 1-90
- Orientation de la BCE du 26 avril 2007 relative au système de transfert express automatisé transeuropéen à règlement brut en temps réel (Target II) (BCE/2007/2), JO n° L 237 du 8.9.2007, pp. 1-70
- Orientation de la BCE du 1er août 2007 relative aux statistiques monétaires, des institutions financières et des marchés de capitaux (refonte) (BCE/2007/9), JO n° L 341 du 27.12.2007, pp. 1-232
- Orientation de la BCE du 20 juin 2008 concernant la gestion des avoirs de réserve de change de la BCE par les banques centrales nationales et la documentation juridique requise pour les opérations portant sur ces avoirs (refonte) (BCE/2008/5), JO n° L 192 du 19.7.2008, pp. 63-83
- Orientation de la BCE du 21 avril 2010 relative à TARGET2-Titres (BCE/2010/2), JO n° L 118 du 12.5.2010, pp. 65-80
- Orientation de la BCE du 11 novembre 2010 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information financière dans le Système européen de banques centrales (refonte) (BCE/2010/20), JO n° L 35 du 9.2.2011, pp. 31-68 modifiée par l'orientation de la BCE du 21 décembre 2011 modifiant l'orientation BCE/2010/20 concernant le cadre juridique des procédures comptables et d'information financière dans le Système européen de banques centrales (BCE/2011/27) JO L 19 du 24.1.2012, pp. 37-50
- Orientation de la BCE du 20 septembre 2011 concernant les instruments et procédures de politique monétaire de l'Eurosystème (refonte) (BCE/2011/14), JO n° L 331 du 14.12.2011, pp. 1-95

Avis

- Avis de la Banque centrale européenne du 19 septembre 2003 sollicité par le Conseil de l'Union européenne sur le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe, JO C 229 p.7
- Avis de la BCE du 11 mai 2004 sollicité par l'Italie relatif à la protection de l'épargne, (CON/2004/16)
- Avis de la BCE du 5 mars 2009 sollicité par le Conseil de l'Union européenne sur une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives

2006/48/CE et 2006/49/CE en ce qui concerne les banques affiliées à des institutions centrales, certains éléments des fonds propres, les grands risques, les dispositions en matière de surveillance et la gestion des crises, (CON/2009/17) (2009/C 93/03), JO n° C 93 du 22.04.2009, pp. 3-15

- Avis de la BCE du 11 février 2011 sur une recommandation en vue d'une décision du Conseil concernant les modalités de la renégociation de l'accord monétaire avec la Principauté de Monaco (CON/2011/8), JO n° C 60 pp. 1-2
- Avis de la BCE du 17 mars 2011 sur un projet de décision du Conseil européen modifiant l'article 136 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en ce qui concerne un mécanisme de stabilité pour les États membres dont la monnaie est l'euro (CON/2011/24), JO n° C 140 du 11.5.2010 p. 8., §9. Cette conclusion a été confirmée par le président Draghi lors de sa conférence de presse du 2 août 2012
- Avis de la BCE du 31 mai 2012 sollicité par la République Tchèque sur la loi relative à la Česká národní banka (CON/2012/44)
- Avis de la BCE du 11 mai 2004 sollicité par l'Italie relatif à la protection de l'épargne, (CON/2004/16)

Divers

- BCE, 7 juillet 1998, Règlement intérieur, JO L 338 du 15.12.1998, p. 28.
- Accord entre l'Office européen de police (Europol) et la BCE du 13 décembre 2001, JO C 23 du 25.1.2002, pp. 9-11
- Accord Europol-BCE, JO C 23 du 25.01.2002 p. 9
- BCE, 16 mai 2002, Code de conduite des membres du conseil des gouverneurs, JO n° C 123 du 24.5.2002, pp. 9-10
- *Memorandum of understanding on economic and financial statistics between the Directorate General Statistics of the European Central Bank (DG Statistics) and the Statistical Office of the European Communities (Eurostat)*, du 10 mars 2003.
- BCE, *Recyclage des billets en Euros : cadre pour la détection des contrefaçons et le tri qualitatif des billets par les établissements de crédit et les autres professionnels appelés à manipuler des espèces*, 16 décembre 2004
- Protocole d'accord du 21 décembre 2006 modifiant le protocole d'accord relatif à un code de conduite des membres du conseil des gouverneurs JO C n° 10 du 16.1.2007, p. 7
- Accord du 16 mars 2006 fixant entre la Banque centrale européenne et les banques centrales nationales des États membres n'appartenant pas à la zone euro les modalités de fonctionnement d'un mécanisme de taux de change pendant la troisième phase de l'Union économique et monétaire, JO n° C 73 du 25.3.2006, p. 21–27
Modifié par l'accord du 21 décembre 2006 (JO n° C 14 du 20.1.2007, pp. 6-8), l'accord du 14 décembre 2007 (JO n° C 319 du 29.12.2007, pp. 7-9), l'accord du 8 décembre 2008 (JO n° C 16 du 22.1.2009, pp. 10-15) et l'accord du 13 décembre 2010 (JO n° C 5 du 8.1.2011, pp. 3-6)
- Code complémentaire d'éthique professionnelle applicable aux membres du directoire de la BCE, JO n° C 104 du 23.4.2010, p. 8-9

Conventions internationales

- Convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et la République de Saint-Marin, JO n° C 209 du 27.7.2001, pp. 1-4
- Convention monétaire entre la République italienne, au nom de la Communauté européenne, et l'État de la Cité du Vatican, représenté par le Saint-Siège JO, n° C 299 du 25.10.2001.
- Accord monétaire entre l'Union européenne et la Cité du Vatican, JO n° C 28 du 4.2.2010 pp. 13-18

Table de jurisprudence :

CJCE / CJ :

Arrêts

- CJCE, 13 juin 1958, Meroni et Cie c. Haute autorité de la CECA, aff. 9/56, Rec. 1958 p. 11
- CJCE, 16 décembre 1960, Humblet, Aff. 6/60, Rec. 1960, p. 01125
- CJCE, 14 décembre 1962, Fédération nationale de la boucherie en gros, aff. 19 à 22/62, Rec. 1962 p. 942
- CJCE, 15 juillet 1963, Plaumann & Co. c. Commission, aff. 25/62, Rec. 1963 p. 00199
- CJCE, 15 juillet 1964, Costa contre E.N.E.L, 6/64, Rec. 1964 p. 01141
- CJCE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission, aff. jtes 56 et 58-64, Rec. 1966 p. 00429
- CJCE, 17 juillet 1965, Italie c. Commission, aff. 32/64, Rec. 1965 p. 473
- CJCE 1^{er} décembre 1965, Firma G. Schwarze c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 16/65, Rec. 1965 p. 1081
- CJCE, 14 juillet 1967, Firma E. Kampffmeyer c. Commission, Aff. jtes. 5, 7 et 13 à 24/66, Rec. 1967 p. 00317.
- CJCE, 13 mars 1968, Beus GmbH & Co. C. Hauptzollamt München, aff. 5/67, Rec. 1968 p. 125.
- CJCE, 16 avril 1970, Compagnie française commerciale et financière c. Commission, aff. 64/69, Rec. 1970 p. 221
- CJCE, 17 décembre 1970, Köster, aff. 25/70, Rec. 1970 p. 01161.
- CJCE, 1 février 1971, Fleischkontor c. Hauptzollamt Hamburg-St. Annen, Aff. 39/70, Rec.1971 p. 49
- CJCE, 31 mars 1971, Commission c. Conseil, 22/70, Rec. 1971 p. 00263
- CJCE, 15 décembre 1971, International Fruit Company, aff. 51 à 54/71, Rec. 1971 p. 01107
- CJCE, 20 juin 1973, NV Koninklijke Lassiefabrieken c. Hoofprodukschap voor Akkerbouwprodukten, aff. 80/72, Rec. 1973 p. 635
- CJCE, 18 mars 1975, Deuka, Deutsche Kraftfutter GmbH, B. J. Stolp c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, aff. 78/74, Rec. 1975 p. 421
- CJCE, 26 novembre 1975, Société des grands moulins des Antilles c. Commission, aff. 99/74, Rec.1975 p. 01531
- CJCE, 22 janvier 1976, Balkan-Import Export GmbH c.Hauptzollamt Berlin-Packhof, aff. 55/75, Rec. 1976 p. 00019
- CJCE, 14 juillet 1976, Corneliis Kramer et autres, aff. jtes. 3 4 et 6/76, Rec. 1976 p. 01279
- CJCE, 16 décembre 1976, Rewe, 33/76, Rec. 1976 p. 01989
- CJCE, 16 décembre 1976, Comet, 45/76, Rec. 1976 p. 02043
- CJCE, 23 novembre 1977, Enka BV c. Inspecteur der Inverrechten en Accijnzen Arnhem, aff. 38/77, Rec. 1977 p. 2203.

- CJCE, 23 février 1978, An Bord Bainte Co-Operative contre Ministre de l'Agriculture, aff. 92/77, Rec. 1978 p. 497
- CJCE, 9 mars 1978, Administration des finances de l'État c. Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 1978 p. 00629
- CJCE, 25 février 1979, A. Racke contre Hauptzollamt Mainz, aff. 98/79, Rec. 1979 p. 69
- CJCE, 29 mars 1979, ISO c. Conseil, aff. 118/77, Rec. 1979 p. 1277
- CJCE, 5 avril 1979, Ministère public c. Tullio Ratti, aff. 148/78, Rec. 1979 p. 1629.
- CJCE, 11 mars 1980, Pasquale Foglia contre Mariella Novello, aff. 104/79, Rec. 1980 p. 00745
- CJCE, 27 mars 1980, Sucrimex SA et Westzucker GmbH c. Commission, aff. 133/79, Rec. 1980 p. 01299
- CJCE, 6 mai 1980, Commission c. Belgique, aff. 102/79, Rec. 1980 p. 1473
- CJCE, 29 octobre 1980, SA Roquette Frères contre Conseil, aff. 138/79, Rec. 1980 page 3333
- CJCE, 11 décembre 1980, SpA Acciaierie e Ferriere Lucchini c. Commission, aff. 1252/79, Rec. 1980 p. 3753
- CJCE, 7 juillet 1981, Rewe-Handelsgesellschaft Nord mbH et Rewe-Markt Steffen c. Hauptzollamt Kiel, aff. 158/80, Rec. 1981 p. 1805
- CJCE, 15 septembre 1981, Lord Bruce of Donington c. Eric Gordon Aspden, aff. 208/80, Rec. 1981 p. 02205
- CJCE, 19 janvier 1982, Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt, aff. 8/81, Rec. 1982 p. 53
- CJCE, 14 décembre 1982, Waterkeyn et autres, aff. jtes. 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, Rec. 1982 p. 04337.
- CJCE, 14 juillet 1983, Spijker Kwasten c. Commission, aff. 231/82, Rec. 1983 p. 2559
- CJCE, 21 septembre 1983, Deutsche Mikchkontor, aff. 205 à 215/82, Rec. p. 02633
- CJCE 9 novembre 1983 San Giorgio, aff. 199/82, Rec. 1983 p. 3595
- CJCE, 28 mars 1984, Bertoli c. Commission, aff. 38/83, Rec. 1984 p. 1649
- CJCE, 11 juillet 1985, Remia BV c. Commission, aff. 42/84, Rec. 1985 p. 2545
- CJCE, 15 janvier 1986, Hurd, aff. 44/84, Rec. 1986 p. 00029, § 38.
- CJCE, 26 février 1986, Marshall c. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, aff. 152/84, Rec. 1986 p. 723
- CJCE, 26 février 1986, Krohn c. Commission, aff. 175/84, Rec. 1986 p. 00753
- CJCE, 23 décembre 1986, Parti écologiste « Les Verts » c. Parlement européen, aff. 294/83, Rec. 1986 II p. 1339
- CJCE, 7 avril 1987, Sisma c. Commission, aff. 32/86, Rec. 1987 p. 1645
- CJCE, 27 septembre 1988, République Hellénique c. Conseil, aff. 24/86, Rec. 1988 p. 05323
- CJCE, 5 avril 1990, Commission c. Belgique, aff. C-6/89, Rec. 1990 page I-01595
- CJCE, 2 mai 1990, Parlement européen contre Conseil, aff. C-70/88, Rec. 1990 page I-0204
- CJCE, 19 juin 1990, Factortame, aff. C-213/89, Rec. 1990 p. I-2433
- CJCE, ordonnance, 13 juillet 1990, Zwartveld, aff. C-2/88, Rec. 1990 p. I-03365
- CJCE, 9 octobre 1990, République française c. Commission, aff. C-366/88, Rec. 1988 p. I-3571
- CJCE, 21 février 1991, Zuckerfabrik, aff. jtes. C-143/88 C-92/89, Rec. 1991 p. I-534
- CJCE, 3 décembre 1992, Borelli c. Commission, aff. C-97/91, Rec. 1992 p. I-06313.
- CJCE 29 juin 1993, Gibraltar c. Conseil, aff. C-298/89, Rec. 1993 p. I 3605
- CJCE, 18 mai 1994, Codornú SA contre Conseil, aff. C-309/89, Rec. 1994 page I-01853

- CJCE, 30 mars 1995, Parlement européen c. Conseil, aff. C-65/93, Rec. 1993 p. I-643
- CJCE, 17 octobre 1995, Royaume des Pays-Bas c. Commission, aff. C-478/93, Rec. 1995 p. I-03081
- CJCE, 9 novembre 1995, Atlanta, aff. C-465/93, Rec. 1995 p. I-3781
- CJCE, 4 octobre 1996, Commission c. Lisrestal, aff. C-32/95 P, Rec. 1996 p. I-05373
- CJCE, Ordonnance du 21 mars 1997, Région Wallonne c. Commission, aff. C-97/97, Rec. 1997 p. I-01787
- CJCE, 5 mai 1998, Société Louis Dreyfus & Cie c. Commission, aff. C-386/P, Rec. 1998 p. I-02309
- CJCE, 2 avril 1998, Commission c. République française, aff. C-367/95 P, Rec. 1998 p. I-01719
- CJCE, 19 novembre 1998, Royaume-Uni et d'Irlande du Nord c. Conseil de l'Union européenne, aff. C-150/94, Rec. 1998 p. I-07235.
- CJCE, 5 novembre 2002, Commission contre RFA, aff. C-476/98, Rec. 2002 page I-09855
- CJCE, 6 mars 2003, Interporc Im- und Export GmbH c. Commission, aff. C-41/00 P, Rec.2003 page I-02125
- CJCE 10 juillet 2003, Commission c. BCE, C-11/00, Recueil 2003 I-07147
- CJCE, 3 juillet 2004, Commission c. Conseil, aff. C-27/04, Rec. 2004 p. I-06649
- CJCE, 14 octobre 2004, Jan Pflugradt c. BCE, aff. C-409/02 P, Rec. 2004 p. I-09873
- CJCE, 14 mars 2006, Commission c. France, C-177/04, Rec. 2006 p. I-2461
- CJCE, 2 mai 2006, Regione Siciliana c. Commission, aff. C-417/04P, Rec. 2006 I-03881
- CJCE, 18 décembre 2007, Royaume de Suède c. Commission, aff. C-64/05, Rec. 2007, p. I-11420
- CJ, 2 décembre 2009, Commission c. Irlande et autres, aff. C-89/08 P, Rec. 2009 p. I-11245.
- CJ, 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci c.Swedex GmbH & Co. KG, aff. C-555/07, Rec. 2010 p. I-365
- CJ, 9 juin 2011, Evropaïki Dynamiki c. BCE, aff. C-401/09 P, non publiée
- CJ, 29 juin 2010 Commission / Technische Glaswerke Ilmenau, aff. C-139/07, Rec. 2010 p. I-05885
- CJ, 21 juillet 2011, Suède / My travel Company c. Commission, aff. C-506/08 P, non encore publiée au Recueil

Avis

- Avis de la Cour du 26 avril 1977, Projet d'accord relatif à l'institution d'un Fonds européen d'immobilisation de la navigation intérieure, avis 1/76. Rec. 1977 p. 00741.
- Avis de la Cour du 19 mars 1993, avis rendu en vertu de l'article 228, paragraphe 1, deuxième alinéa, du traité CEE - Convention n° 170 de l'Organisation internationale du Travail concernant la sécurité dans l'utilisation des produits chimiques au travail, avis 2/91, Rec.1993 p. I-01061
- Avis de la Cour du 24 mars 1995, Compétence de la Communauté ou de l'une de ses institutions pour participer à la troisième décision révisée du Conseil de l'OCDE relative au traitement national, avis 2/92, Rec.1995 p. I-00521
- Avis de la Cour du 15 novembre 1994, Compétence de la Communauté pour conclure des accords internationaux en matière de services et de protection de la propriété intellectuelle - Procédure de l'article 228, paragraphe 6, du traité CE, avis 1/94, Rec. 1994 p. I-05267

- Avis de la Cour du 28 mars 1996, adhésion de la Communauté à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avis 2/94, Rec.1996 p. I-01759

Tribunal :

- Tribunal, 19 octobre 1995, John Carvel et Guardian c. Conseil, aff. T-194/94, Rec. 1994 p. II-2765
- Tribunal, 12 décembre 1996, Association Internationale des Utilisateurs de Fils de Filaments Artificiels et Synthétiques et de Soie naturelle (AIUFFASS) et Apparel, Knitting & Textiles Alliance (AKT) c. Commission, aff. T-380/94, Rec.1996 p. II-2169
- Tribunal, 7 décembre 1999, Interporc Im- und Export GmbH c. Commission, aff. T-92/98. Rec. 1999 p. II-03521
- Tribunal, 18 octobre 2001, X c. BCE, aff. T-333/99, Rec. 2001 p. II-03021
- Tribunal, 7 février 2002, Kuijer c. Conseil, aff. T-211/00, Rec. 2002 p. II-488
- Tribunal, 22 octobre 2002, Jan Pflugradt c. BCE, aff. jtes. T-178/00 et T-341/00, Rec. 2002 p. II-04035
- Tribunal, 16 mars 2004, Elizabeth Afari c. BCE, Aff. T-11/03, Rec. fonction publique 2004 p. I-A-00065; p.II-00267
- Tribunal, 12 décembre 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran c. Conseil de l'Union européenne, T-228/02, Rec. 2006, p. II-04665
- Tribunal, Ordonnance du 2 juillet 2009, Evropaïki Dynamiki c. BCE, aff. T-279/06, Rec 2009 page II-00099
- Tribunal, 17 mai 2011, Buczek Automotive c. Commission, aff. T-1/08, Non encore publiée
- Tribunal, 26 octobre 2011, Dufour c. BCE, aff. T-436/09, non encore publiée
- Tribunal, 16 décembre 2011, Stefan Städter c. BCE, aff. T-532/11, non encore publiée

TFP :

- TFP, 4 décembre 2008, Jessica Blais c. BCE, aff. F-6/08, non publié
- TFP, 24 juin 2008, Andres c. BCE, aff. F-15/05, non publié
- TFP, 16 septembre 2009, Fiorella Vinci c. BCE, aff. F-130/07, non publiée
- TFP, 28 octobre 2010. Maria Concetta Cerafogli c. BCE, aff. F-23/09, non publié
- TFP, 5 décembre 2010, Roberta Saracco c. BCE, aff. F-66/09, non publié,
- TFP, 27 septembre 2011, Sarah Whitehead c. BCE, aff. F-98/09, non publié

Index alphabétique :

(les numéros renvoient aux numéros de pages)

A

Agences : 51-55 ; 512 ; 516-517

Autonomie institutionnelle et procédurale : 149-152 ; 345-346 ; 359-360

B

BCE :

- consultation : 108-109 ; 176-179 ; 315-317
- dispositions financières : 303-313
- marchés publics : 420-423
- motivation des actes : 450-455 ; 465-466
- personnalité internationale : 187-191
- pouvoir discrétionnaire : 412-418 ; 460-463
- publication des actes : 448-450 ; 464-465
- qualification : 80-93 ; 509-510
- relations extérieures : 191-193
- recours en manquement (contre une BCN) : 154-156 ; 386-389
- statut du personnel : 106 ; 419-420 ; 423-426

BCN :

- autonomie institutionnelle et procédurale : 328-327 ; 347-373
- compétence : 326-339
- gouverneurs : 127-131 ; 307-309

C

Changes : 180-181

CERS : 195 ; 320-321

CIS2 : 379-381

Comités (de l'Eurosystème) : 141-143

Conseil des gouverneurs : 126-134 (réforme 129-131) ; 307-309

Conseil de l'UE (rôle en matière monétaire) : 106-112 ; 169

Constitution :

- constitutionnalisation de l'UE : 94-97
- constitution économique (ordolibéralisme) : 97 ; 406-408

Contreparties : 205-208 ; 457-459

Crise des dettes souveraines :

- sources : 31-35 ; 434-435
- conséquences institutionnelles : 266 ; 322-325 ; 437-439

Crise financière :

- sources : 30-32
- conséquences institutionnelles : 200-204 ; 266-269 ; 310 ; 320-323 ; 438

D

Décentralisation : 297-394

- définition : 297-300
- « semi-décentralisation » : 392-393

Décision (de la BCE) : 234-243

Dialogue monétaire : 473-478 ; 499-502

Directoire :

- composition : 117-120
- pouvoirs : 121 -125 ; 375-381

E

Equilibre institutionnel : 428-430

Euro (émission) : 172-174 ; 367-369

Eurosysteme :

- compétence : 164-179
- consécration dans le traité : 75-76
- création : 28-29 ; 74-75
- nature de « système » : 57 ; 154-155
- réaction face à la crise : 266-269 ; 437-411

F

FESF : 33-34 ; 322-323 ; 517 ; 521

H

Hiérarchie : 381 ; 390-391

I

Indépendance : 16-17 ; 115-123 ; 126-130 ; 331-333 ; 397-412 ; 428-430

Information (rôle) : 467-469 ; 280-284

Institutions (de l'Union) : 99-102 ; 115 ; 509-510

Instructions : 253-255

Intégration verticale : 62-64 ; 290 ; 293 ; 394 ; 512 ; 515-516

M

MBCC : 364-366

MES : 34 ; 323-324 ; 517 ; 521

Méthode communautaire : 55 ; 115 ; 134-139 ; 143-145 ;

Monnaie :

- Emission (voir Euro)

- Nature : 13-16 ; 159-162 ;172

N

Norme :

- Notion : 225-228
- « action normative » : 256-258

O

Opération d'*open-market* : 264-266 ; 273-279 ; 351-352

Orientation (de la BCE) :

- fondements : 243-245
- effet direct : 249-252
- transposition : 349-351

P

Prêteur en dernier ressort : 268

Politique monétaire :

- définition : 170-172
- de la BCE : 259-236

R

Recours en annulation contre actes de la BCE :

- recevabilité : 456-460
- pouvoirs du juge : 460-463

Règlements de l'Eurosystème : 460-463

S

SEBC :

- généralités : 7 ; 79-80
- tâches propres : 76-80

SEPA : 211-220

Stabilité des prix : 17-19 ; 259-260 ; 413-416

Stabilité financière : 194-204

Standard : 414-416

Statistiques : 175-176 ; 209 ; 210-211 ; 354-355 ; 378-379

Systèmes de paiement :

- compétence de l'Eurosystème :172-175
- TARGET II : 212-216

U

Union économique : 22-24 ; 430-437 -

Tables des matières

INTRODUCTION	3
Section 1 - La naissance de la monnaie unique : naissance de consensus	6
§.1 - Le consensus sur le besoin d'Union monétaire	7
A. L'Union monétaire : fruit du spill-over	7
1) L'Union monétaire, un débat récurrent	8
2) L'Union monétaire, une suite logique	10
B. La perte par les États de leur souveraineté monétaire	13
§.2 - Le consensus sur les modalités de l'Union monétaire	16
A. Le consensus sur l'objectif de la politique monétaire : la stabilité des prix	16
B. Le consensus sur les institutions de l'Union monétaire	17
1) Les modalités d'intégration des États membres au sein de l'Union monétaire	19
2) L'élaboration d'un consensus technique entre les BCN	21
Section 2 - La réalité de l'Union monétaire	22
§.1 - La composition de la zone euro	24
§.2 - La crise de l'union économique et monétaire : une insuffisance d'unité	29
Section 3 - L'Eurosystème participant d'un renouvellement de la méthode d'intégration	35
§.1 - La structure de l'Eurosystème : reflet des institutions de l'Union et de leurs évolutions	36
A. Le droit et les institutions garants de l'intégration monétaire	36
1) Le droit rempart contre l'intrusion des États membres dans les fondements l'Union monétaire	36
2) L'Eurosystème, garant de l'Union monétaire	39
B. L'Eurosystème participant d'un phénomène de recomposition des institutions	41
1) L'Eurosystème : héritier d'un équilibre fondateur	41
2) L'Eurosystème inscrit dans l'évolution du système institutionnel de l'Union et de son appréhension	44
a) La régulation	45
b) La gouvernance	46
c) Le réseau	49
d) Le phénomène des agences	51
§.2 - L'intégration verticale et l'Eurosystème : méthode d'analyse	56
A. La notion d'analyse systémique	57
B. L'intégration verticale comme méthode	60
1) La construction d'une méthode	60
2) L'intégration verticale	62
C. L'Eurosystème comme exemple.	64
PARTIE 1 : L'EUROSYSTEME : UN SYSTEME ATYPIQUE	
DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE	67
Titre 1 - Un système de droit de l'Union européenne	69
Chapitre 1 : Le droit de l'Union européenne : base juridique de l'Eurosystème.	71
Section 1 - L'établissement de l'Eurosystème par les traités	72
§.1 - Le statut constitutionnel ambigu de l'Eurosystème	72
A. L'Eurosystème, une structure pragmatique constitutionnalisées.	73
1) L'Eurosystème création pragmatique du Conseil des gouverneurs	74
2) L'Eurosystème constitutionnalisé par le traité de Lisbonne	75
B. L'Eurosystème, hériter des missions du SEBC	76
1) Les missions de l'Eurosystème	77
2) Les missions du SEBC	79
§.2 - La BCE, une institution de l'Union à la tête de l'Eurosystème et du SEBC	80
A. De Maastricht à Nice, la qualification floue de la BCE.	81
1) La controverse doctrinale sur la qualification de la BCE.	82

2)	L'arrêt « Olaf » et la clarification de la qualification de la BCE.	86
B.	Le traité de Lisbonne : la BCE comme institution	89
1)	Les conséquences de la qualification de la BCE comme institution	89
2)	La pertinence douteuse de la qualification de la BCE d'institution	91
Section 2 -	L'encadrement de l'Eurosystème par le droit de l'Union	93
§.1 -	L'encadrement par le droit primaire et les grands principes du droit de l'Union	94
A.	Le droit primaire : « statut » de l'Eurosystème, du SEBC et de la BCE	94
1)	Les règles de valeur constitutionnelle	94
2)	Les règles de valeur législative	98
B.	L'application du droit général des institutions de l'Union à la BCE	99
1)	L'application à la BCE des principes propres au droit des institutions	99
2)	La dilution de certains principes applicables aux institutions et leur application à la BCE	101
§.2 -	L'encadrement par le droit dérivé	103
A.	L'encadrement fonctionnel	104
1)	Le droit dérivé « général » applicable à l'Eurosystème et à la BCE	104
2)	Le droit dérivé « spécial » encadrant les pouvoirs de l'Eurosystème et de la BCE	106
B.	L'encadrement normatif : la détermination des normes fondamentales du droit monétaire européen	109
1)	L'adoption des normes monétaires de base par le Conseil	109
2)	Les pouvoirs du Conseil sur la détermination des contreparties et la nature de leurs obligations	111
Chapitre 2 :	La méthode communautaire : source d'inspiration de l'Eurosystème	115
Section 1 -	La supranationalité des organes de direction de l'Eurosystème	115
§.1 -	Le directoire : un exécutif supranational	116
A.	Une supranationalité institutionnelle	117
1)	La supranationalité institutionnelle	117
2)	La supranationalité du directoire	118
B.	Une supranationalité décisionnelle	121
1)	Un rôle donné par le traité	122
2)	Un rôle confirmé par le droit dérivé	124
§.2 -	Le conseil des gouverneurs : un législateur indépendant	126
A.	Un organe composé d'experts indépendants	127
1)	La recherche de la neutralité statutaire des membres	127
2)	La « dénationalisation » : la réforme du conseil en vue de l'élargissement	129
B.	Un organe aux pouvoirs de direction du système	131
1)	Un « législateur »	131
2)	Un directeur	133
Section 2 -	L'Eurosystème : héritier de la méthode communautaire	134
§.1 -	L'héritage dans la méthode d'élaboration des normes	135
A.	Une élaboration concertée des normes	137
1)	La coopération permanente, l'essence de la méthode communautaire	138
2)	L'apparition d'une coopération permanente au sein de l'Eurosystème : les comités de l'Eurosystème	141
B.	Une adoption symbiotique des normes	143
1)	La symbiose : condition indispensable à l'apparition de l'intérêt communautaire	143
2)	La symbiose du conseil des gouverneurs : gage de sa neutralité	145
§.2 -	L'héritage dans la méthode de mise en œuvre des normes	148
A.	Une mise en œuvre fondée sur des organes nationaux	148
1)	De l'administration indirecte et l'autonomie institutionnelle et procédurale	149
2)	L'Eurosystème, un système en apparence « décentralisé »	152
B.	Une mise en œuvre encadrée par des institutions supranationales	154
1)	Les rapports endogènes de la BCE et des BCN	154
2)	La Cour de justice, détentrice du monopole des sanctions	156
Titre 2 -	Un système sectoriel spécifique	159
Chapitre 1 :	L'Eurosystème : un système sectoriel	163
Section 1 -	L'Eurosystème : une structure tournée vers la monnaie.	164
§.1 -	L'étrange compétence de l'Eurosystème en matière monétaire.	167

A.	La gestion de la création monétaire : compétence exclusive de l'Eurosystème.	168
1)	Le monopole de l'Eurosystème dans l'émission d'instruments monétaires.	168
2)	Le monopole de l'Eurosystème dans la définition et la mise en œuvre de la politique monétaire.	170
B.	La monnaie : seule compétence de l'Eurosystème.	172
1)	Le pouvoir en matière de systèmes de paiement : pouvoir monétaire.	172
2)	Le pouvoir statistique de l'Eurosystème : pouvoir monétaire.	175
3)	Le pouvoir consultatif de l'Eurosystème : consécration de la compétence monétaire de l'Eurosystème.	176
§.2 -	La question de la compétence internationale de l'Eurosystème.	179
A.	La reconnaissance des compétences internationales de l'Eurosystème.	179
1)	La compétence subsidiaire de l'Eurosystème en matière de change.	180
2)	La compétence externe implicite de l'Eurosystème dans le domaine monétaire.	183
B.	La BCE : acteur international comme institution spécialisée dans le domaine monétaire.	186
§.3 -	Vers de nouvelles compétences pour la BCE et l'Eurosystème en matière de stabilité financière ?	194
A.	La séparation artificielle par le traité des matières monétaires, financières et prudentielles	195
1)	L'interpénétration de la finance et de la monnaie	195
2)	L'implication <i>a minima</i> de l'Eurosystème en matière prudentielle	197
B.	La crise et la dévolution de compétences nouvelles à l'Eurosystème	199
1)	La stabilité financière, nouvel objectif des Banques centrales ?	200
2)	L'union bancaire et l'implication de la BCE en matière prudentielle	201
Section 2 -	Le marché monétaire : interlocuteur privilégié de l'Eurosystème	204
§.1 -	Le marché monétaire européen : destinataire des normes de l'Eurosystème	205
A.	Les « contreparties » : acteurs privilégiés des relations avec l'Eurosystème	205
1)	La notion de contrepartie.	206
2)	Les obligations imposées par l'Eurosystème aux contreparties.	208
B.	Les autres institutions monétaires : destinataires secondaires des normes émises par l'Eurosystème	209
1)	Des institutions représentant la diversité du marché monétaire.	209
2)	Les obligations statistiques des autres acteurs.	210
§.2 -	L'intégration des acteurs du marché à l'Eurosystème.	211
A.	Target : infrastructure technique réunissant les contreparties et l'Eurosystème.	212
1)	TARGET 2 : système reliant l'Eurosystème aux contreparties	213
2)	Le rôle majeur des contreparties dans l'élaboration du système TARGET 2	215
B.	Le SEPA : illustration de la collaboration fonctionnelle de l'Eurosystème et du marché monétaire.	216
1)	SEPA : un projet tripartite	217
2)	SEPA : une illustration des limites de l'auto-régulation	220
Chapitre 2 :	La spécificité du pouvoir normatif de l'Eurosystème.	225
Section 1 -	Le désordre des instruments obligatoires de l'Eurosystème	228
§.1 -	Les actes de l'Eurosystème prévus par la nomenclature	230
A.	Les règlements adoptés par l'Eurosystème	231
B.	Le désordre des décisions de l'Eurosystème	234
1)	Les différents types de décisions adoptées par la BCE	234
2)	Les décisions de la BCE, des actes « déviés »	237
§.2 -	Les actes « spécifiques » à l'Eurosystème	243
A.	Les orientations : outils de coordination de l'Eurosystème.	245
1)	La normativité interne des orientations	245
2)	La normativité externe des orientations	249
B.	Les instructions : outils de gestion de l'Eurosystème	253
Section 2 -	L'« action normative » de l'Eurosystème	256
§.1 -	Les supports juridiques de l'action de l'Eurosystème	258
A.	Une action auto-limitée	258
1)	L'encadrement par l'Eurosystème de ses choix politiques	259
2)	L'encadrement par l'Eurosystème de ses choix pratiques	264
3)	Les mesures non-conventionnelles	266

B.	Les formes juridiques de l'action de l'Eurosystème	268
1)	Une action « procéduralisée »	269
2)	Une action contractualisée	271
§.2 -	La normativité de l'action de l'Eurosystème	273
A.	L'instrumentalisation de l'économie dans un but normatif	274
1)	L'utilisation du droit pour créer un besoin économique	275
2)	L'instrumentalisation de l'économie dans un but normatif	276
B.	La communication comme action normative	280
1)	L'Eurosystème, une figure d'autorité pour le marché monétaire	281
2)	L'influence des anticipations par l'Eurosystème	284

PARTIE 2 : L'EUROSYSTEME : UN SYSTEME AUTONOME ET ORGANISE
295

Titre 1 -	L'organisation du système	297
Chapitre 1 :	La BCE et les BCN membres d'un système commun	305
Section 1 -	La BCE au cœur du système	306
§.1 -	La BCE : un centre dépendant de la périphérie	306
A.	La BCE titulaire, ambigu de la fonction décisionnelle	306
1)	Le rôle formel central de la BCE	306
2)	Le rôle fonctionnel central, mais encadré, des gouverneurs des BCN	307
B.	La BCE : centre financier mais filiale des BCN	309
§.2 -	Les tâches propres à la BCE	313
A.	Les tâches traditionnelles de la BCE dans l'Union européenne	313
1)	La BCE, voix de l'Eurosystème auprès des autres institutions et des États membres	313
2)	La BCE détentrice des missions héritées de l'Institut monétaire européen	318
B.	Les crises et la dévolution de nouvelles tâches à la BCE	319
1)	Le rôle dominant de la BCE au sein du Comité européen du risque systémique	320
2)	Le rôle annexe de la BCE au sein du Mécanisme européen de stabilité	321
Section 2 -	Les BCN à la périphérie du système	325
§.1 -	Les BCN : des institutions sauvegardées sous contrôle	325
A.	Les raisons de la sauvegarde des BCN	326
1)	Un échelon effectif et préexistant	326
2)	Un échelon indispensable	328
B.	L'encadrement des BCN	329
1)	Une disparition nécessaire à la mise en place d'un système	330
2)	Une disparition encadrée pour l'intégration dans le système	331
§.2 -	Les BCN titulaires de la fonction exécution	335
A.	L'Eurosystème, titulaire de la fonction d'exécution ?	335
1)	La vision globalisante de la doctrine du droit administratif européen	336
2)	L'Eurosystème, détenteur de la fonction d'exécution ?	338
B.	La dévolution de la fonction d'exécution aux BCN	340
1)	Une dévolution facultative	340
2)	Une dévolution logique	341
Chapitre 2 :	Un système décentralisé ?	345
Section 1 -	L'autonomie limitée des BCN au sein du système	346
§.1 -	L'autonomie BCN dans la mise en œuvre droit de l'Eurosystème	347
A.	L'exécution normative confiée aux BCN	347
1)	Les orientations, instrument normatif incomplet et source exécution normative	348
2)	Les BCN responsables de la « transposition » des orientations	349
B.	L'exécution administrative confiée aux BCN	351
1)	Les BCN responsables des fonctions nationales au nom du système	351
2)	Les BCN responsables de la collecte des statistiques et tributaires d'obligations envers le système	354
3)	La compétence juridictionnelle nationale sur l'exécution administrative	356
§.2 -	Une autonomie limitée	359
A.	La réduction de l'autonomie des BCN	361
1)	La marge de manœuvre limitée dans l'exécution normative	361

2)	La marge de manœuvre limitée dans l'exécution administrative	364
B.	Vers une Spécialisation des BCN ?	367
1)	Une spécialisation égalitaire	367
2)	Une spécialisation inégalitaire	369
Section 2 -	La supervision du système par la BCE	373
§.1 -	La BCE responsable de la gestion quotidienne du système	374
A.	La gestion en amont de l'intervention des BCN	374
1)	Le pouvoir de la BCE sur la détermination des établissements assujettis aux réserves obligatoires	375
2)	La détermination du contenu de la politique monétaire	376
B.	La gestion en aval de l'intervention des BCN	378
1)	La centralisation par la BCE des statistiques monétaires et financières	378
2)	La gestion par la BCE du système d'information propre à la monnaie fiduciaire (CIS2)	379
§.2 -	Les pouvoirs hiérarchiques de la BCE	381
A.	Les pouvoirs de direction de la BCE sur les BCN	382
1)	Les actes propres à l'Eurosystème : concrétisation du pouvoir hiérarchique	382
2)	Les pouvoirs de sanction aux mains de la BCE	383
B.	La BCE titulaire d'un pouvoir de correction ?	386
1)	Le recours en constatation de manquement contre les BCN aux mains de la BCE	386
2)	La BCE, maitresse du degré de décentralisation	389
Titre 2 -	Un système indépendant, et responsable ?	395
Chapitre 1 :	L'indépendance de la BCE	397
Section 1 -	Les fondements de l'indépendance de la BCE	397
§.1 -	Les fondements théoriques de l'indépendance des Banques centrales	397
A.	Les fondements économiques	398
1)	La méfiance envers le pouvoir politique	398
2)	L'indispensable crédibilité face aux marchés	401
B.	Les fondements juridiques	402
1)	La reprise juridique des fondements économiques	403
2)	L'indépendance inscrite dans la lignée des rapports entre droit et économie au sein de l'Union	406
§.2 -	Les fondements constitutionnels de l'indépendance de la BCE	410
A.	L'indépendance de la BCE garantie par le traité	410
1)	L'indépendance institutionnelle	410
2)	L'indépendance matérielle	411
3)	L'indépendance personnelle	411
4)	L'indépendance financière	411
B.	L'indépendance, fondement du pouvoir discrétionnaire de la BCE	412
1)	La notion de stabilité des prix, source du pouvoir discrétionnaire de la BCE	413
2)	Le pouvoir discrétionnaire de la BCE dans la mise en œuvre de la politique monétaire	416
Section 2 -	L'indépendance en pratique, une autonomie relative	418
§.1 -	Une autonomie affirmée par la BCE	418
A.	L'autonomie concrète de la BCE	418
1)	La consolidation par la BCE de l'indépendance de son personnel	419
2)	Le cas topique des marchés passés par la BCE	420
B.	La vision de la jurisprudence : une autonomie classique et limitée	423
1)	La marge de manœuvre de la BCE dans le statut et la gestion de son personnel : une autonomie usuelle	423
2)	Retour sur l'arrêt « OLAF » à l'aune de l'indépendance	426
§.2 -	Une autonomie limitée mais mise à profit	427
A.	Une indépendance relative dans le cadre inter-institutionnel	428
1)	L'indépendance relative de la BCE à l'aune du principe d'équilibre institutionnel	428
2)	L'intégration de la BCE dans les relations interinstitutionnelles	430
B.	L'indépendance de la BCE et son affirmation sur la scène interinstitutionnelle	434
1)	Avant la crise : le déséquilibre du gouvernement économique et la place centrale de la BCE	434

2)	La crise et le rôle déterminant pris par la BCE	437
Chapitre 2 :	La responsabilité de la Banque centrale européenne	445
Section 1 -	Les mécanismes limités de responsabilité de la BCE	447
§.1 -	La responsabilité juridique et le contrôle restreint de la BCE	447
A.	La prise en compte aléatoire par la BCE des obligations de publication et de motivation	448
1)	La publication limitée des actes de la BCE	448
2)	Des actes faiblement motivés	450
B.	Des actes soumis à la Cour de justice	455
1)	Recevabilité des recours contre les actes de l'Eurosystème ?	456
2)	La marge d'appréciation limitée de la Cour de justice	460
C.	Illustration avec un cas concret : la décision instaurant un programme pour les marchés de titres	463
§.2 -	La responsabilité par la transparence	466
A.	La transparence directe limitée de la BCE	467
1)	Le rôle ambiguë de la transparence de la BCE	468
2)	Une transparence politique modeste	469
B.	La transparence organisée : le dialogue monétaire avec le Parlement européen	473
1)	L'institution progressive du dialogue monétaire	474
2)	L'efficacité limitée du dialogue monétaire	476
Section 2 -	L'impossible légitimité démocratique de la BCE	478
§.1 -	Les voies possibles de la légitimité de la BCE	483
A.	L'absence de légitimité en amont	483
1)	L'adoption des traités : base douteuse de la légitimité démocratique de la BCE	483
2)	Le déficit démocratique de la BCE dans sa construction institutionnelle	486
B.	La légitimité en aval par les résultats mise en avant par la BCE	489
1)	Légitimité par les résultats : fondements théoriques et rhétorique de la BCE	489
2)	Les apories, théoriques et pratiques, de la légitimité par les <i>outputs</i>	492
§.2 -	Les obstacles à la légitimité de la BCE	494
A.	Les obstacles à la mise en place d'une véritable responsabilité de la BCE, le retour au peuple impossible ?	494
1)	Le retour au peuple, condition de la légitimité de la BCE	495
2)	Le retour au peuple délicat de la BCE	497
B.	Les réticences de la BCE face à une véritable responsabilité : le retour au peuple évité	499
1)	Le dialogue monétaire, illustration des difficultés de la responsabilité de la BCE	500
2)	La fermeture de l'espace public par la BCE	503
CONCLUSION		515
BIBLIOGRAPHIE		529
Union Européenne :		529
Manuels :		529
Thèses et monographies :		529
Ouvrages collectifs :		531
Articles de revues :		531
Articles d'ouvrages collectifs et mélanges :		535
Ressources en ligne :		541
Encyclopédies permanentes:		542
Union monétaire :		543
Thèses et monographies :		543
Articles :		544
Droit monétaire :		549
Monographies :		549
Articles :		549
Théorie du droit / Droit interne / Droit international :		550
Thèses et monographies :		550
Articles :		551
Droit & économie :		553
Monographies :		553

Articles :	553
Théorie de l'intégration / Science politique :	554
Thèses, Monographies & Ouvrages collectifs :	554
Articles :	554
Economie :	556
Thèses et monographies :	556
Articles :	557
Épistémologie :	559
Monographies :	559
Articles :	560
PUBLICATIONS OFFICIELLES :	561
Union européenne :	561
BCE / Eurosysteme :	561
Rapports :	561
Autres publications :	562
Articles / Working Papers:	562
Discours de membres de l'Eurosysteme:	563
Assemblée nationale (France) :	565
Divers (Organisations internationales) :	565
DROIT DERIVE :	567
Conseil et Parlement :	567
Règlements	567
Directives	567
Conseil :	568
Règlements	568
Directives	569
Décisions :	569
Commission :	570
Décisions :	571
Communications :	571
Etudes :	571
BCE / Eurosysteme :	572
Règlements	572
Décisions	572
Orientations	575
Avis	575
Divers	576
Conventions internationales	577
TABLE DE JURISPRUDENCE :	579
CJCE / CJ :	579
Arrêts	579
Avis	581
Tribunal :	582
TFP :	582
INDEX ALPHABETIQUE :	583
TABLES DES MATIERES	587

Résumé

« L'Eurosystème est une structure unique du droit de l'Union européenne qui rassemble les Banques centrales des États membres ayant adopté l'euro et la Banque centrale européenne. Une étude théorique de l'évolution de l'exercice du pouvoir au sein de l'Union montre l'émergence d'une nouvelle méthode d'intégration : « l'intégration verticale ». Dans un processus dialectique entre cette théorie et la réalité de l'Eurosystème, les traits majeurs de la méthode d'intégration verticale peuvent être testés et ses qualités et défauts principaux dévoilés.

La méthode d'intégration verticale conduit à la construction de sous-systèmes composés d'organes nationaux et d'un organe de l'Union. La méthode présente quatre caractéristiques : le sous-système ainsi construit se rattache formellement et fonctionnellement à l'UE, il opère dans un secteur précis qui lui impose les spécificités de son action, il est dit « organisé » (ses composantes sont liées entre elles par des interrelations complexes garantissant l'unité et l'efficacité du système), et il est indépendant des États comme des institutions politiques de l'Union.

L'étude de l'Eurosystème, par ce prisme, permet d'élucider la nature de cette construction atypique dont l'action pendant les crises – la crise financière et la crise des dettes souveraines – a été et reste cruciale. Une telle recherche permet aussi d'éclairer sous un angle nouveau les évolutions récentes du système institutionnel de l'Union dans sa globalité. »

MOTS CLÉS : Banque – Banque centrale – Banque centrale européenne – Crise financière – Crise des dettes souveraines – Eurosystème – Euro – Indépendance – Institutions de l'Union européenne – Intégration – Méthode communautaire – Monnaie – SEBC – Stabilité des prix – Système – Systèmes de paiement -

Summary :

« The Eurosystem is a unique structure of European Union law which includes the central banks of States that have adopted the euro and the European Central Bank. A theoretical study of the evolution of the exercise of power within the Union demonstrates the emergence of a new method of integration called "vertical integration." In a dialectical process between theory and reality of the Eurosystem, the main features of the the vertical integration method can be tested and its main qualities and defects disclosed.

The method of vertical integration led to the construction of sub-systems composed of national bodies and body of the Union. The method operates in four directions. The sub-system thereby produced relates formally and functionally to the EU and operates in a specific sector which imposes the specificities of its action. It can be said "organized" (its components are interconnected by complex interrelationships guaranteeing the unity and effectiveness of the system). It is independent from the states as it is from the political institutions of the Union.

The study of the Eurosystem through this perspective allows to elucidate the nature of this unusual construction whose action in crises - the financial crisis and the sovereign debt crisis - was crucial. Such research can also highlight, under a new perspective, the recent developments in the institutional system of the EU as a whole. »