CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 3 octobre 2002 [1]

Table des matières

Introduction I-7156

Le contexte I-7157

Les dispositions communautaires pertinentes I-7159

Les dispositions du traité CE I-7159

La décision créant l'OLAF I-7162

Le règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF I-7163

L'accord interinstitutionnel relatif aux enquêtes internes effectuées par l'OLAF I-7168

La décision attaquée I-7168

La procédure et les prétentions des parties I-7171

Les questions à résoudre I-7171

Le règlement n° 1073/1999 s'applique-t-il à la BCE? I-7172

La décision attaquée est-elle contraire au règlement n° 1073/1999? I-7176

Résumé des arguments I-7176

Sur la recevabilité I-7178

Sur le fond I-7178

Conclusion I-7184

Le règlement n° 1073/1999 doit-il être déclaré inapplicable en vertu de l'article 241 CE? I-7185

Sur la recevabilité I-7185

Sur la base juridique I-7186

— Le premier argument: les mesures de lutte contre la fraude dans les États membres I-7186

— Le deuxième argument: les intérêts financiers de la Communauté I-7189

1 — Langue originale: l'anglais.

La consultation prévue par l'article 105, paragraphe 4, CE I-7193
Sur l'indépendance I-7199
Sur la proportionnalité I-7208
Sur la recevabilité au regard de l'article 241 CE I-7211
Conclusion I-7214

Introduction

1. Dans cette affaire, la Commission souhaite obtenir l'annulation de la décision 1999/726/CE, du 7 octobre 1999 [2], par laquelle la Banque Centrale européenne (ci-après la «BCE») a institué un comité antifraude chargé de contrôler les activités de la direction de l'audit interne de la BCE consistant à lutter contre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE. La Commission — soutenue par le Conseil, le Parlement et le gouvernement néerlandais — affirme que cette décision est contraire au règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) [3]. La BCE rétorque que la décision attaquée poursuit le même but que le règlement n° 1073/1999 et ne lui est pas contraire, et que le règlement doit être interprété comme étant inapplicable à ses activités. À titre subsidiaire, elle demande à la Cour de déclarer le règlement inapplicable en vertu de l'article 241 CE pour défaut de base légale, violation des formes substantielles et violation de l'indépendance de la BCE et du principe de proportionnalité.

2. Cette affaire soulève plusieurs questions importantes concernant, en particulier, l'étendue des pouvoirs de la Communauté pour adopter des mesures sur la base de l'article 280 CE en vue de combattre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté, l'obligation pour les institutions communautaires et les États membres de respecter l'indépendance de la BCE résultant de l'article 108 CE, et l'obligation de consulter la BCE sur les propositions d'actes communautaires relevant de son champ de compétences en vertu de l'article 105 CE. Il convient également de rechercher si la BCE, qui n'a pas contesté un règlement dans le délai prescrit à l'article 230, cinquième alinéa, CE, peut en invoquer l'inapplicabilité en vertu de l'article 241 CE.

2 — Décision de la Banque centrale européenne concernant la prévention de la fraude (BCE/1999/5) (JO L 291, p. 36, ci-après la «décision attaquée»).

3 — JO L 136, p. 1.

Le contexte

3. Chacun sait qu'une part importante des fonds communautaires est perdue chaque année du fait de fraudes et autres irrégularités commises par des personnes physiques et morales. En 2000, la Commission et les autorités compétentes des États membres ont traité 6 915 nouvelles affaires de fraude et autres irrégularités ayant une incidence budgétaire estimée à 2 030 millions d'euros [4]. Les institutions communautaires ont réagi à ce problème en adoptant un certain nombre de mesures législatives destinées spécifiquement à combattre la fraude [5].

4. Les traités constitutifs ne contenaient pas de base légale spécifique permettant d'agir dans le domaine de la prévention de la fraude et de la protection des intérêts financiers de la Communauté. L'article 209 A du traité CE (devenu, après modification, article 280 CE), qui a été introduit par le traité sur l'Union européenne, obligeait les États membres à prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers [6], et à coordonner leur action visant à protéger les intérêts financiers de la Communauté contre la fraude, mais ne conféraient à la Communauté aucune nouvelle compétence législative. Cependant, le traité d'Amsterdam a profondément modifié cette disposition, en donnant expressément compétence à la Communauté pour arrêter «les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention contre la fraude [...] et de la lutte contre cette fraude».

5. Avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les Communautés avaient adopté diverses mesures destinées à combattre la fraude commise par les détenteurs de fonds communautaires dans les États membres, sur la base de l'article 308 CE [7]. En substance, ces mesures accordent à la Commission le droit d'effectuer des vérifications sur place et des inspections dans les États membres, et obligent ceux-ci à prévoir des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives dans les affaires impliquant des fraudes transfrontalières [8].

6. Des efforts ont aussi été entrepris pour réduire le risque de fraude à l'intérieur des institutions communautaires elles-mêmes. Pour la compréhension de la présente affaire, il est utile de rappeler les initiatives prises par la Commission et la BCE.

4 — Voir le rapport annuel 2000 concernant la protection des intérêts financiers des Communautés et lutte contre la fraude [COM (2001) 255 final, p. 76].

5 — Pour une vue d'ensemble des initiatives prises, voir «Protection des intérêts financiers des Communautés — Lutte antifraude: plan d'action pour 2001-2003» [COM (2001) 254 final].

6 — L'article 209 A du traité a inscrit dans le traité les principes dégagés dans l'arrêt du 21 septembre 1989, Commission/Grèce (68/88, Rec. p. 2965, points 23 à 26).

7 — Règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, du 18 décembre 1995, relatif à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JO L 312, p. 1), et les dispositions plus détaillées contenues dans le règlement (Euratom, CE) n° 2185/96 du Conseil du 11 novembre 1996 relatif aux contrôles et vérifications sur place effectués par la Commission pour la protection des intérêts financiers des Communautés européennes contre les fraudes et autres irrégularités (JO L 292, p. 2).

8 — Ces mesures sont complétées, notamment, par la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (JO 1995, C 316, p. 49).

7. La Commission a d'abord créé une unité spéciale anti-fraude [Unité de coordination de la lutte antifraude (UCLAF)] en 1987. En 1995, cette unité s'est vu confier la responsabilité de toute l'activité antifraude de la Commission, y compris les enquêtes sur les fraudes ou autres irrégularités commises par le personnel de la Commission. Dans le but de renforcer la protection des intérêts financiers de la Communauté et, peut-être, en réponse aux critiques formulées contre l'UCLAF [9], la Commission a proposé en 1998 de créer un nouveau service antifraude indépendant, qui serait dénommé Anti-fraud Office ou Office de lutte antifraude (OLAF) [10]. Alors que la Commission avait initialement proposé de créer l'OLAF — et de prévoir les dispositions détaillées régissant son fonctionnement — par voie de règlement adopté sur la base de l'article 308 CE, l'OLAF a finalement été institué par une décision de la Commission [11]. Les dispositions générales régissant ses activités, qui incluent les «enquêtes internes» sur la fraude au sein des institutions et organismes communautaires, ont été définies dans le règlement n° 1073/1999, qui est la première mesure à avoir été adoptée sur la base de l'article 280, paragraphe 4, CE [12]. Le règlement prévoit que chaque institution ou agence de la Communauté européenne adoptera une décision définissant plus précisément les règles de procédure à suivre lors des enquêtes internes effectuées par l'OLAF, et un accord interinstitutionnel conclu en 1999 entre le Parlement, le Conseil et la Commission fournit un modèle pour ces décisions [13].

8. Au sein de la BCE, deux structures administratives partagent la responsabilité de combattre la fraude et les autres irrégularités. La responsabilité principale incombe à la direction de l'audit interne (ci-après «D-IA»). Il ressort des documents fournis à la Cour dans cette affaire que le rôle de la D-IA est en général d'évaluer l'efficacité et le bon fonctionnement des services de la BCE, et de proposer des améliorations [14]. Dans le cadre de ce rôle, la D-IA a pour mission de détecter et de prévenir la fraude. La D-IA partage cette responsabilité, depuis novembre 1999 [15], avec un comité antifraude. Le comité antifraude — institué par la décision du conseil des gouverneurs que la Commission met en cause dans la présente affaire — est chargé du contrôle régulier du bon déroulement des activités de la D-IA [16].

9 — Voir, notamment, le rapport spécial de la Cour des comptes n° 8/98 relatif aux services de la Commission chargés de la lutte contre la fraude, notamment l'unité de coordination de la lutte antifraude (UCLAF), accompagné des réponses de la Commission (présenté en vertu de l'article 188 C, paragraphe 4, deuxième alinéa, du traité CE) (JO 1998, C 230, p. 1). Pour un exposé sur la réaction de la Commission et l'histoire de l'OLAF, voir Kuhl L., et Spitzer H., «Das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF)», *Europarecht* 2000, p. 671.

10 — Proposition de règlement (CE, Euratom) du Conseil instituant un Office européen d'enquêtes antifraude [COM (1998) 717 final].

11 — Décision 1999/352/CE, CECA, Euratom de la Commission, du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) (JO L 136, p. 20).

12 — Des dispositions identiques ont été adoptées pour l'Euratom dans le cadre du règlement (Euratom) n° 1074/1999 du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) (JO L 136, p. 8).

13 — Accord interinstitutionnel, du 25 mai 1999, entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes relatif aux enquêtes internes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) (JO L 136, p. 15; ci-après l'«accord interinstitutionnel»).

14 — Charte d'audit de la BCE, circulaire administrative 4/99, du 23 février 1999; remplacée par la charte d'audit de la BCE, circulaire administrative 8/99, du 12 octobre 1999.

15 — La décision attaquée, qui a créé le comité antifraude, est entrée en vigueur à la date de sa publication au Journal officiel, le 13 novembre 1999, conformément à son article 8.

16 — Nous appellerons la D-IA et le comité antifraude le «dispositif antifraude de la BCE».

Les dispositions communautaires pertinentes

Les dispositions du traité CE

9. L'article 8 CE dispose que:

«Il est institué, selon les procédures prévues par le présent traité, un Système européen de banques centrales, ci-après dénommé 'SEBC', et une Banque centrale européenne, ci-après dénommée 'BCE'; ils agissent dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par le présent traité et les statuts du SEBC et de la BCE, ci-après dénommés 'statuts du SEBC', qui lui sont annexés.»

10. L'article 105 CE prévoit, pour ce qui nous intéresse ici:

«1. L'objectif principal du SEBC est de maintenir la stabilité des prix. Sans préjudice de l'objectif de stabilité des prix, le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans la Communauté, en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de la Communauté, tels que définis à l'article 2. Le SEBC agit conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, en favorisant une allocation efficace des ressources et en respectant les principes fixés à l'article 4.

2. Les missions fondamentales relevant du SEBC consistent à:

— définir et mettre en œuvre la politique monétaire de la Communauté;

— conduire les opérations de change conformément à l'article 111;

— détenir et gérer les réserves officielles de change des États membres;

— promouvoir le bon fonctionnement des systèmes de paiement.

[...]

4. [17] La BCE est consultée:

— sur tout acte communautaire 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 107, paragraphe 6.

La BCE peut, dans les domaines relevant de sa compétence, soumettre des avis aux institutions ou organes communautaires appropriés ou aux autorités nationales.

5. 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.

6. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, après consultation de la BCE et sur avis conforme du Parlement européen, peut confier à la BCE 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.»

11. L'article 106 CE prévoit notamment ceci:

«1. La BCE est seule habilitée à autoriser l'émission de billets de banque dans la Communauté.

[...]

2. Les États membres peuvent émettre des pièces, sous réserve de l'approbation, par la BCE, du volume de l'émission.

[...]»

17 — L'article 4 des statuts comporte une disposition dont le contenu est identique au libellé de l'article 105, paragraphe 4, CE.

12. L'article 108 CE dispose [18]:

«Dans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés par le présent traité et les statuts du SEBC, ni la BCE, ni une banque centrale nationale, ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes communautaires, des gouvernements des États membres ou de tout autre organisme. Les institutions et organes communautaires ainsi que les gouvernements des États membres s'engagent à respecter ce principe et à ne pas chercher à influencer les membres des organes de décision de la BCE ou des banques centrales nationales dans l'accomplissement de leurs missions.»

13. L'article 280 CE prévoit quant à lui que:

«1. La Communauté et les États membres combattent la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté par des mesures prises conformément au présent article qui sont dissuasives et offrent une protection effective dans les États membres.

2. Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers.

3. Sans préjudice d'autres dispositions du présent traité, les États membres coordonnent leur action visant à protéger les intérêts financiers de la Communauté contre la fraude. À cette fin, ils organisent, avec la Commission, une collaboration étroite et régulière entre les autorités compétentes.

4. Le Conseil, statuant conformément à la procédure visée à l'article 251, arrête, après consultation de la Cour des comptes, les mesures nécessaires dans les domaines de la prévention de la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté et de la lutte contre cette fraude en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres. Ces mesures ne concernent ni l'application du droit pénal national ni l'administration de la justice dans les États membres.

[...]»

18 — L'article 7 des statuts contient une disposition rédigée à l'identique.

14. L'article 287 CE est ainsi rédigé:

«Les membres des institutions de la Communauté, les membres des comités ainsi que les fonctionnaires et agents de la Communauté sont tenus, même après la cessation de leurs fonctions, de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel, et notamment les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient.»

La décision créant l'OLAF

15. L'OLAF a été institué par la décision 1999/352 [19], adoptée sur la base des articles 162 du traité CE (devenu article 218 CE), 16 du traité CECA et 131 du traité Euratom.

16. S'agissant des tâches de l'Office, l'article 2 de la décision 1999/352 dispose notamment:

«1. L'Office exerce les compétences de la Commission en matière d'enquêtes administratives externes en vue de renforcer la lutte contre la fraude, contre la corruption et contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés, ainsi qu'aux fins de la lutte antifraude concernant tout autre fait ou activité d'opérateurs en violation de dispositions communautaires.

L'Office est chargé d'effectuer des enquêtes administratives internes destinées:

a) à lutter contre la fraude, contre la corruption et contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés;

b) à rechercher les faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et agents des Communautés susceptible de poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales ou un manquement aux obligations analogues des membres des institutions et organes, des dirigeants des organismes ou des membres du personnel des institutions, organes et organismes non soumis au statut des fonctionnaires des Communautés européennes ou au régime applicable aux autres agents des Communautés.

L'Office exerce les compétences de la Commission y relatives, telles qu'elles sont

19 — Voir note 11.

définies par les dispositions établies dans le cadre, les limites et les conditions fixés par les traités.

L'Office peut se voir confier des missions d'enquête d'autres domaines, par la Commission ou par les autres institutions, organes ou organismes.

[...]»

17. En vertu de l'article 4 de la décision 1999/352:

«Il est institué un comité de surveillance dont la composition et les compétences sont déterminées par le législateur communautaire. Ce comité exerce un contrôle régulier sur l'exécution de la fonction d'enquête de l'Office.»

18. L'article 6, paragraphe 4, de la décision 1999/352 dispose:

«Les décisions de la Commission relatives à son organisation interne sont applicables à l'Office dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions arrêtées par le législateur communautaire relatives à l'Office, avec la présente décision et avec les modalités d'application de celle-ci.»

19. Conformément aux dispositions de son article 7, la décision 1999/352 devait prendre «effet à la date d'entrée en vigueur du règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude.»

Le règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF

20. Le règlement n° 1073/1999 [20] a été adopté sur la base de l'article 280 CE.

21. L'article 1er du règlement n° 1073/1999, intitulé «Objectifs et fonctions», est ainsi rédigé:

«1. En vue de renforcer la lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts finan-

20 — Le règlement n° 1074/1999 contient des dispositions identiques dans le domaine du traité Euratom. Ce règlement n'est cependant pas en cause dans la présente affaire.

ciers de la Communauté européenne, l'Office européen de lutte antifraude, créé par la décision de la Commission 1999/352/CE, CECA, Euratom (ci-après dénommé: 'Office') exerce les compétences d'enquête conférées à la Commission par la réglementation communautaire et les accords en vigueur dans ces domaines.

2. L'Office apporte le concours de la Commission aux États membres pour organiser une collaboration étroite et régulière entre leurs autorités compétentes, afin de coordonner leur action visant à protéger contre la fraude les intérêts financiers de la Communauté européenne. L'Office contribue à la conception et au développement des méthodes de lutte contre la fraude, ainsi que contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne.

3. À l'intérieur des institutions, organes et organismes institués par les traités ou sur la base de ceux-ci (ci-après dénommés 'institutions, organes et organismes'), l'Office effectue les enquêtes administratives destinées à:

— lutter contre la fraude, la corruption et contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne,

— y rechercher à cet effet les faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et agents des Communautés, susceptible de poursuites disciplinaires et le cas échéant, pénales, ou un manquement aux obligations analogues des membres des institutions et organes, des dirigeants des organismes ou des membres du personnel des institutions, organes et organismes non soumis au statut.»

22. L'article 4 des règlements n° 1073/1999 et n° 1074/1999, intitulé «Enquêtes internes», prévoit notamment:

«1. Dans les domaines visés à l'article 1er, l'Office effectue les enquêtes administratives à l'intérieur des institutions, organes et organismes, ci-après dénommées 'enquêtes internes'.

Ces enquêtes internes sont exécutées dans le respect des règles des traités, notamment du protocole sur les privilèges et immunités, ainsi que du statut, dans les conditions et selon les modalités prévues par le présent règlement et par des décisions que chaque institution, organe et organisme adopte. Les institutions se concertent sur le régime à établir par une telle décision.

2. Pour autant que les dispositions mentionnées au paragraphe 1 soient respectées:

— l'Office a accès sans préavis et sans délai à toute information détenue par les institutions, organes et organismes ainsi qu'aux locaux de ceux-ci. L'Office a la faculté de contrôler la comptabilité des institutions, organes et organismes. L'Office peut prendre copie et obtenir des extraits de tout document et du contenu de tout support d'information que les institutions, organes et organismes détiennent et, en cas de besoin, s'assurer de ces documents ou informations pour éviter tout risque de disparition,

— l'Office peut demander des informations orales aux membres des institutions et organes, aux dirigeants des organismes ainsi qu'aux membres du personnel des institutions, organes et organismes.

[...]

4. Les institutions, organes et organismes sont informés lorsque des agents de l'Office effectuent une enquête dans leurs locaux et lorsqu'ils consultent un document ou demandent une information que détiennent ces institutions, organes et organismes.

5. Lorsque les investigations révèlent la possibilité d'une implication personnelle d'un membre, dirigeant, fonctionnaire ou agent, l'institution, l'organe ou l'organisme auquel il appartient en est informé. Dans des cas nécessitant le maintien d'un secret absolu aux fins de l'enquête ou exigeant le recours à des moyens d'investigation relevant de la compétence d'une autorité judiciaire nationale, cette information peut être différée.

6. Sans préjudice des règles des traités, notamment du protocole sur les privilèges et immunités, ainsi que des dispositions du statut, la décision qu'adopte chaque institution, organe et organisme, prévue au paragraphe 1, comprend notamment des règles relatives:

a) à l'obligation pour les membres, fonctionnaires et agents des institutions et organes ainsi que pour les dirigeants, fonctionnaires et agents des organismes de coopérer avec les agents de l'Office et de les informer;

b) aux procédures à observer par les agents de l'Office lors de l'exécution des enquêtes internes, ainsi qu'aux garanties des droits des personnes concernées par une enquête interne.»

23. En vertu de l'article 5 du règlement n° 1073/1999, «[l]es enquêtes internes sont ouvertes par une décision du directeur de l'Office qui agit de sa propre initiative ou suite à une demande de l'institution, organe ou organisme au sein duquel l'enquête devra être effectuée».

24. L'article 6 du règlement n° 1073/1999, intitulé «Exécution des enquêtes», prévoit ceci:

«1. Le directeur de l'Office dirige l'exécution des enquêtes.

2. Les agents de l'Office effectuent leurs tâches sur production d'une habilitation écrite dans laquelle sont indiquées leur identité et leur qualité.

3. Les agents de l'Office désignés pour effectuer une enquête doivent être munis, pour chaque intervention, d'un mandat écrit délivré par le directeur, indiquant l'objet de l'enquête.

4. Les agents de l'Office adoptent, au cours des contrôles et des vérifications sur place, une attitude en accord avec les règles et usages qui s'imposent aux fonctionnaires de l'État membre concerné, avec le statut ainsi qu'avec les décisions visées à l'article 4, paragraphe 1, deuxième alinéa.

5. Les enquêtes sont conduites sans désemparer pendant une période de temps qui doit être proportionnée aux circonstances et à la complexité de l'affaire.

6. Les États membres veillent à ce que leurs autorités compétentes, en conformité avec les dispositions nationales, prêtent le concours nécessaire aux agents de l'Office pour l'accomplissement de leur mission. Les institutions et organes veillent à ce que leurs membres et leur personnel, et les organismes veillent à ce que leurs dirigeants et leur personnel, prêtent le concours nécessaire aux agents de l'Office pour l'accomplissement de leur mission.»

25. En vertu de l'article 7 du règlement n° 1073/1999, intitulé «Obligation d'informer l'Office»:

«1. Les institutions, organes et organismes communiquent sans délai à l'Office toute information relative à d'éventuels cas de fraude ou de corruption, ou à toute autre activité illégale.

2. Les institutions, organes et organismes, et les États membres, dans la mesure où le

droit national le permet, transmettent sur demande de l'Office ou de leur propre initiative tout document et information qu'ils détiennent, relatifs à une enquête interne en cours.

Les États membres transmettent les documents et informations relatifs aux enquêtes externes conformément aux dispositions relatives à ces enquêtes.

3. Les institutions, organes et organismes, et les États membres, dans la mesure où le droit national le permet, transmettent en outre à l'Office tout autre document et information jugés pertinents qu'ils détiennent, relatifs à la lutte contre la fraude, contre la corruption et contre toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés.»

26. L'article 8 du règlement n° 1073/1999 contient les règles destinées à assurer la confidentialité et la protection des informations obtenues dans le cadre des enquêtes.

27. L'article 9 du règlement n° 1073/1999 prévoit, pour ce qui nous intéresse, que:

«1. À l'issue d'une enquête effectuée par l'Office, celui-ci établit sous l'autorité du directeur un rapport qui comporte notamment les faits constatés, le cas échéant le préjudice financier et les conclusions de l'enquête, y compris les recommandations du directeur de l'Office sur les suites qu'il convient de donner.

2. Ces rapports sont établis en tenant compte des exigences de procédure prévues par la loi nationale de l'État membre concerné.

[...]

4. Le rapport établi à la suite d'une enquête interne et tout document utile y afférent sont transmis à l'institution, à l'organe ou à l'organisme concerné. Les institutions, organes et organismes donnent aux enquêtes internes les suites, notamment disciplinaires et judiciaires, que leurs résultats appellent et informent le directeur de l'Office, dans un délai que celui-ci aura fixé dans les conclusions de son rapport, des suites données aux enquêtes.»

28. Les articles 11, 12 et 14 du règlement n° 1073/1999 fixent les règles concernant les tâches du comité de surveillance, les tâches du directeur et le droit pour les fonctionnaires et autres agents des Communautés d'introduire une réclamation contre les actes leur faisant grief adoptés par l'OLAF dans le cadre d'une procédure d'enquête.

L'accord interinstitutionnel relatif aux enquêtes internes effectuées par l'OLAF

29. Le 25 mai 1999, le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission des Communautés européennes ont conclu l'accord interinstitutionnel [21].

30. Les parties ont convenu, en particulier, d'«adopter un régime commun comportant les mesures d'exécution nécessaires pour faciliter le bon déroulement des enquêtes menées par l'Office, en leur sein» et d'«établir un tel régime et de le rendre immédiatement applicable en adoptant une décision interne conformément au modèle annexé au présent accord, et de ne s'en écarter que lorsque des exigences particulières, qui leur sont propres, en imposent la nécessité technique».

31. L'accord indique en outre que «[l]es autres institutions, ainsi que les organes et organismes institués par les traités CE et Euratom ou sur la base de ceux-ci, sont invités à adhérer au présent accord, moyennant, pour chacun, une déclaration adressée conjointement aux présidents des institutions signataires.»

21 — Voir note 13.

La décision attaquée

32. Le 7 octobre 1999, le conseil des gouverneurs de la BCE (ci-après le «conseil des gouverneurs») a adopté — sur la base de l'article 12, paragraphe 3, du protocole sur les statuts du Système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne [22] (ci-après les «statuts») — une décision concernant la prévention de la fraude [23].

33. Les premier et troisième considérants de la décision attaquée affirment que la BCE attache une grande importance à la protection des intérêts financiers des Communautés et de ses propres intérêts financiers. Selon les quatrième et sixième considérants de la décision attaquée, la BCE entend poursuivre l'objectif de lutte contre la fraude et contre les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE, tout en conservant la répartition et l'équilibre actuels des responsabilités entre la BCE et les institutions des Communautés européennes et en tenant compte de l'indépendance de la BCE et du fait que cette dernière a son propre budget et ses propres ressources financières, distincts de ceux des Communautés européennes. Son huitième considérant précise en outre que «la lutte contre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE est une

22 — Protocole annexé au traité CE.

23 — La décision attaquée.

fonction essentielle de la direction de l'audit interne et que cette direction est chargée d'effectuer des enquêtes administratives à cette fin au sein de la BCE».

34. L'article 1er, paragraphes 1 et 2, de la décision attaquée, intitulé «Comité antifraude de la BCE», prévoit ce qui suit:

«1. Il est institué un comité antifraude afin de renforcer l'indépendance de la direction de l'audit interne dans ses activités et ses rapports concernant toutes les questions liées à la prévention et à la détection de la fraude et des autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE et celles liées à l'observation des normes internes et/ou des codes de conduite pertinents en vigueur à la BCE. La composition et les compétences du comité antifraude sont déterminées par le présent article.

2. Le comité antifraude est chargé à la fois du contrôle régulier et du bon déroulement des activités de la direction de l'audit interne au sein de la BCE, telles que visées au paragraphe 1.»

35. Selon l'article 1er, paragraphe 7, le comité antifraude peut, s'il y a lieu, adresser des instructions à la D-IA concernant l'exécution de ses activités.

36. L'article 2 de la décision attaquée, intitulé «Responsabilités concernant les rapports sur les cas de fraude», prévoit ceci:

«Conformément à la présente décision et aux procédures appliquées au sein de la BCE, la direction de l'audit interne est chargée des enquêtes et des rapports sur toutes les questions relatives à la prévention et la détection de la fraude et des autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE et sur l'observation des normes internes et/ou des codes de conduite pertinents en vigueur au sein de la BCE.»

37. Afin que la direction de l'audit interne puisse effectuer des enquêtes et faire des rapports sur toutes les questions relatives à la prévention et à la détection de la fraude de manière efficace et avec le degré d'indépendance requis, l'article 3 de la décision attaquée prévoit que le directeur de l'audit interne fait rapport au comité antifraude visé à l'article 1er de la décision sur les cas de fraude. En vertu de l'article 1er, paragraphe 7, le directeur de l'audit interne doit transmettre chaque année au comité antifraude le programme de ses activités et la D-IA doit tenir le comité antifraude informé, en particulier, de ses enquêtes, de leurs résultats et des mesures prises à cet égard.

38. L'article 1er, paragraphes 3 à 5, de la décision attaquée précise que le comité

antifraude est composé de trois personnalités extérieures indépendantes nommées pour trois ans, renouvelables, par le conseil des gouverneurs et auxquelles il est fait interdiction, dans le cadre de leurs fonctions, de solliciter ou d'accepter des instructions de quelqu'organe de la BCE, institution ou organisme communautaire, ou gouvernement ou de quelqu'autre institution ou organe que ce soit.

39. Selon l'article 1er, paragraphe 8, de la décision attaquée, le comité antifraude doit rendre compte au conseil des gouverneurs, aux commissaires aux comptes extérieurs de la BCE et à la Cour des comptes des résultats et des suites des enquêtes effectuées par la D-IA — ou tout au moins faire un rapport général annuel sur ses activités. En outre, en vertu de l'article 1er, paragraphe 10, le comité antifraude peut informer l'autorité judiciaire nationale compétente lorsque des éléments de fait suffisants donnent à penser qu'une violation du droit pénal national aurait été commise.

40. Les articles 4 à 7 de la décision attaquée contiennent une série de règles détaillées applicables aux enquêtes effectuées par la D-IA. Ils prévoient notamment l'obligation d'informer les personnes faisant l'objet d'une plainte ainsi que l'obligation de leur permettre d'exprimer leur opinion sur les faits les concernant [24]; l'obligation pour les activités de la D-IA de respecter à la fois les traités, et notamment l'article 6 UE, et le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes [25]; et l'obligation de respecter le secret professionnel et la confidentialité des informations obtenues dans le cadre des enquêtes [26].

41. Les articles 5, second alinéa, et 6, de la décision attaquée prévoient, respectivement, que tout membre du personnel de la BCE a l'obligation d'«informer le comité antifraude ou la direction de l'audit interne de toute fraude ou activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE» et peut «soumettre au directoire ou au comité antifraude une plainte concernant un acte ou une omission commis par la direction de l'audit interne dans le cadre des activités visées dans la [...] décision et ayant des conséquences défavorables pour lui».

42. En ce qui concerne l'OLAF, l'article 1er, paragraphe 9, de la décision attaquée prévoit que:

«Le comité antifraude est chargé des relations avec le comité de surveillance de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) visé à l'article 11 du règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil. Ces relations sont régies par les principes énoncés par une décision de la BCE.»

24 — Article 4.

25 — Article 5, premier alinéa.

26 — Article 7.

La procédure et les prétentions des parties

43. La Commission demande à la Cour d'annuler la décision attaquée sur le fondement de l'article 230 CE et de condamner la BCE aux dépens. Son principal moyen est que la décision attaquée est contraire notamment à l'article 4 du règlement n° 1073/1999.

44. La BCE conclut au rejet du recours comme infondé et à la condamnation de la Commission aux dépens. Elle soulève deux moyens de droit. D'une part, la décision attaquée n'est pas contraire au règlement n° 1073/1999. D'autre part, le règlement n° 1073/1999 ne s'applique pas à la BCE. Sur ce point, elle soutient, à titre principal, que la Cour devrait interpréter les dispositions du règlement de manière à exclure la BCE de son champ d'application, car, s'il en était autrement, le règlement i) serait dépourvu de base légale étant donné qu'il a été adopté sur la base de l'article 280, paragraphe 4, CE; ii) aurait été adopté en violation de formes substantielles dans la mesure où la BCE n'a pas été consultée ainsi que l'exigeait l'article 105, paragraphe 4, CE; iii) serait contraire au principe de l'indépendance de la BCE inscrit à l'article 108 CE, et iv) violerait le principe de proportionnalité. À titre subsidiaire, la BCE fait valoir que la Cour devrait déclarer le règlement n° 1073/1999 inapplicable à la BCE en vertu de l'article 241 CE.

45. Le Parlement, le Conseil et le royaume des Pays-Bas sont intervenus au soutien des conclusions de la Commission. Leur argumentation est en substance comparable à celle de la Commission. Nous ne mentionnerons ces interventions que lorsque cela s'impose, notamment dans la mesure où elles diffèrent des arguments de la Commission. Il convient également de noter que les parties dans la présente affaire ont présenté des arguments très détaillés et que ces arguments ne seront exposés que dans la mesure où cela est nécessaire à l'analyse des questions qui se posent.

Les questions à résoudre

46. Au vu des arguments des parties et des intervenants, les questions à résoudre sont les suivantes:

— Le règlement n° 1073/1999, correctement interprété, s'applique-t-il à la BCE?

— La décision attaquée est-elle contraire au règlement n° 1073/1999?

— Le règlement n° 1073/1999 doit-il être déclaré inapplicable en vertu de l'article 241 CE?

Le règlement n° 1073/1999 s'applique-t-il à la BCE?

47. La BCE soutient que la Cour doit interpréter les dispositions du règlement de telle sorte que la BCE soit exclue de son champ d'application. Elle estime que le règlement n° 1073/1999 ne définit pas en termes très précis son champ d'application personnel. Puisque le règlement serait, selon la BCE, entaché de nullité pour défaut de base légale, violation de formes substantielles et violation de l'indépendance de la BCE et du principe de proportionnalité s'il devait être appliqué à la BCE, la Cour devrait retenir de ce règlement une interprétation qui le rende compatible avec le traité. Plus spécifiquement, la BCE soutient que le terme «organes» qui apparaît, notamment, à l'article 1er du règlement doit être interprété comme désignant les organes dont les intérêts financiers sont — à la différence de ceux de la BCE — directement liés au budget de la Communauté.

48. La Cour juge de manière constante que, «lorsqu'un texte du droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner la préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité, plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci» [27].

49. Les termes du règlement n° 1073/1999 sont cependant parfaitement clairs, à notre avis, et n'autorisent pas l'interprétation proposée par la BCE.

50. Il résulte clairement des articles 1er, paragraphe 3, 4, paragraphes 1 et 6, 5, deuxième alinéa, 6, paragraphe 6, 7, paragraphes 1, 2 et 3, 9, paragraphe 4, 10, paragraphe 3, et 14, deuxième alinéa, que le règlement s'applique aux «institutions, organes et organismes institués par les traités ou sur la base de ceux-ci». Le septième considérant affirme que «l'Office doit pouvoir effectuer les enquêtes internes dans *toutes* les institutions, *tous* les organes et *tous* [28] les organismes institués par les traités CE et Euratom ou sur la base de ceux-ci».

51. On voit mal comment le législateur aurait pu définir de façon plus large le champ d'application du règlement. S'il avait eu l'intention d'exclure la BCE du champ d'application du règlement, il aurait certainement adopté une formulation différente. En outre, même si la BCE ne fait pas partie des institutions de la Communauté mentionnées à l'article 7 CE, elle a été créée par l'article 8 du traité CE. Elle entre donc clairement dans la catégorie, au sens ordinaire de ces termes, des «organes et organismes institués par [...] ou sur la base» du traité CE, citée par le règlement.

27 — Arrêts du 13 décembre 1983, Commission/Conseil (218/82, Rec. p. 4063, point 15) et, plus récemment, du 29 juin 1995, Espagne/Commission (C-135/93, Rec. p. I-1651, point 37). Voir également, pour une application implicite de ce principe, arrêt du 12 novembre 1969, Stauder (29/69, Rec. p. 419).

28 — C'est nous qui soulignons ici. Le sens est tout aussi clair dans toutes les versions linguistiques.

Rien ne permet, ni dans les considérants ni dans les dispositions mêmes du règlement, d'interpréter cette notion comme excluant les organes ou organismes dont les finances ne sont pas directement ou indirectement liées au budget communautaire.

52. Puisque les termes sont clairs, il est en principe inutile et non souhaitable d'aller plus loin. Même si l'on voulait poursuivre l'analyse, la genèse du règlement tendrait à conforter l'idée que celui-ci s'applique à la BCE. Le préambule de la proposition de règlement n° 1073/1999 de la Commission [29] indiquait que l'OLAF «doit pouvoir effectuer les enquêtes internes dans les institutions et organes institués par les traités CE et Euratom ou sur la base de ceux-ci [...]» [30]. Si le degré et l'intensité des consultations auxquelles il a été procédé ne résultent pas tout à fait clairement du dossier, il est évident que les membres du personnel de la BCE ont tenté de convaincre le Conseil, au cours des réunions avec ses représentants, que le régime envisagé ne devait pas s'appliquer à la BCE. Ni le Parlement ni le Conseil n'ont cependant modifié la proposition de la Commission dans le sens de la thèse de la BCE [31]. Au contraire, le Conseil a ajouté dans le septième considérant le terme «tous», réaffirmant ainsi le large champ d'application personnel prévu par la proposition de la Commission.

53. Enfin, bien que l'interprétation des actes communautaires ne puisse en général être résolue au moyen des déclarations effectuées par les institutions communautaires postérieurement à leur adoption, il est intéressant de noter que le Conseil des ministres a invité la BCE à respecter le règlement n° 1073/1999 [32], et que le Parlement a récemment souligné la nécessité d'une «approche interinstitutionnelle large» dans le contexte de ce règlement [33].

54. C'est pourquoi nous sommes d'avis que le règlement n° 1073/1999 s'applique à la BCE.

55. 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 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

29 — COM (1999) 140 final.

30 — Sixième considérant.

31 — Le Parlement a proposé la formulation suivante, pour le considérant en question: «dans les institutions, *organes et organismes* institués par le traité CE ou sur la base de celui-ci» (c'est nous qui soulignons). Voir résolution législative portant avis du Parlement européen sur la proposition modifiée de règlement du Conseil relatif aux enquêtes effectuées par l'Office de lutte antifraude (JO 1999, C 279, p. 280).

32 — Communiqué de presse du 8 octobre 1999, annexé à la requête de la Commission.

33 — Résolution du Parlement européen sur le rapport annuel 2000 de la Commission relatif à la protection des intérêts financiers de la Communauté et la lutte contre la fraude et sur la communication de la Commission relative à la protection des intérêts communautaires, Lutte contre la fraude, plan d'action pour 2001-2003, adoptée le 29 novembre 2001, point 4.

BCE n'est pas une institution communautaire au sens de l'article 7 CE [34]; ii) le traité CE a doté la BCE d'une personnalité juridique distincte de celle de la Communauté [35]; iii) la BCE a ses propres organes décisionnels internes [36]; iv) ces organes se sont vu confier par le traité des pouvoirs originaux leur permettant d'adopter des règlements et décisions obligatoires [37]; v) les comptes de la BCE ne sont pas examinés par la Cour des comptes [38]; et vi) la BCE doit agir de façon indépendante des institutions communautaires dans l'accomplissement de ses fonctions [39].

56. Nous ne sommes pas convaincu par ces arguments, principalement pour trois raisons.

57. En premier lieu, si les États membres ont envisagé la possibilité de définir les règles relatives à la politique monétaire et au SEBC dans un «pilier monétaire» distinct dans le cadre du traité sur l'Union européenne [40], ils ont choisi d'intégrer ces questions dans le traité CE [41]. La création d'une union monétaire a donc été ajoutée aux missions de la Communauté énumérées à l'article 2 CE; la BCE a été créée par l'article 8 du traité CE, et toutes les dispositions régissant son statut constitutionnel ont été placées dans le traité CE et dans ses statuts qui, en tant que protocole annexé à ce traité, font partie du droit communautaire primaire [42].

58. En second lieu, il convient de rappeler que l'article 105, paragraphe 1, CE prévoit que, «[s]ans préjudice de l'objectif de stabilité des prix, le SEBC apporte son soutien aux politiques économiques générales dans la Communauté, en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de la Communauté, tels que définis à l'article 2». Cette disposition correspond à l'article 4 CE, qui figure dans la première partie du traité («Les principes»), et est ainsi rédigé: «Aux fins énoncées à l'article 2, l'action des États membres et de la Communauté comporte [...] l'instauration d'une politique économique» et poursuit ainsi: «[p]arallèlement, [...] cette action comporte [...] la définition et la conduite d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques dont l'objectif principal est de maintenir la stabilité des prix et, sans préjudice de cet objectif, de soutenir les politiques économiques générales dans la Communauté, conformément au principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre».

59. En troisième lieu, la BCE est — conformément au principe de l'État de droit inscrit à l'article 6 du traité sur

34 — Voir aussi articles 111, paragraphe 3, CE, 232 CE, 234 CE et 288 CE qui établissent une distinction entre, d'une part, les institutions de la Communauté et, d'autre part, la BCE.

35 — Article 107, paragraphe 2, CE et article 9, paragraphe 1, des statuts.

36 — Le conseil des gouverneurs et le directoire, voir articles 112 CE et 10, 11 et 12 des statuts.

37 — Voir notamment articles 105 CE, 106 CE et 110 CE.

38 — Article 248 CE et article 27, paragraphe 2, des statuts.

39 — Article 108 CE.

40 — Voir Zilioli C., et Selmayer M., *The Law of the European Central Bank* (2001), p. 9 et 13.

41 — Voir Cloos J., et al., *Le Traité de Maastricht: genèse, analyse, commentaires* (2e éd., 1994), p. 230.

42 — Article 311 CE.

l'Union européenne — liée par le droit communautaire et soumise au contrôle juridictionnel de la Cour de justice [43]. De plus, si les comptes de la BCE sont contrôlés par des commissaires aux comptes externes désignés par la BCE, sous réserve de l'approbation du Conseil [44], l'efficacité de sa gestion relève des attributions de la Cour des Comptes [45].

60. 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 [46]. 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 [47]. 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» [48] 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.

61. Il convient d'ajouter que la BCE aurait pu soutenir, à titre subsidiaire, que le règlement n° 1073/1999 doit s'interpréter comme n'étant applicable à la BCE que dans la mesure où celle-ci gère effectivement des fonds provenant du budget communautaire [49]. Cet argument n'aurait cependant pas pu prospérer, en tout état de cause, ainsi que l'a souligné la Commission à l'audience. Les fonds communautaires ne représentent, selon les explications des parties, qu'environ 3 à 4 % du budget annuel de la BCE et consistent pour l'essentiel en impôts communautaires déduits par la BCE des rémunérations de son personnel. Limiter les pouvoirs de l'OLAF au contrôle de ces fonds serait irréaliste et difficile à mettre en œuvre en pratique. Cela compromettrait en outre totalement l'effet utile du règlement n° 1073/1999 en ce qui concerne la BCE. En l'absence de base solide dans le texte ou la genèse du règlement, cette interprétation ne saurait donc être retenue.

43 — Articles 230 CE, 232 CE, 234 CE, 237 CE, 241 CE et 235 CE, ainsi que les articles 288 CE et 14, paragraphe 2, 35 et 36 des statuts.

44 — Article 27, paragraphe 1, des statuts.

45 — Article 248 CE et article 27, paragraphe 2, des statuts.

46 — Voir dans le même sens Smits R., *The European Central Bank* (1997), p. 93, qualifiant le SEBC d'«organ of the Community».

47 — Voir également Amtenbrink F., et de Haan J., «The european Central Bank: an independant specialized organization of the Community law — a comment», *Common Market Law Review*, 2002, p. 65, 68. La BCE a elle-même décrit son rôle comme étant de contribuer à la réalisation des objectifs de la Communauté grâce à sa mission de maintien de la stabilité des prix. Voir *ECB Monthly Bulletin*, octobre 2000, «The ECB's relations with institutions and bodies of the European Community», p. 49 à 64, et 52.

48 — Voir Torrent R., Whom is the European Central Bank the central bank of?: Reaction to Zilioli and Selmayer», *Common Market Law Review*, 1999, p. 1229, p. 1231. Comparer avec Zilioli C., et Selmayer M., cité note 40, p. 30; Selmayer M., «Die EZB als Neue Gemeinschaft: ein Fall für den EuGH?», *Europa-Blätter*, 1999, p. 170.

49 — À un stade assez avancé de la procédure, la BCE a déclaré qu'elle était prête à se soumettre, de sa propre initiative, aux pouvoirs de l'OLAF — et à adopter à cet effet une décision en application de l'article 4 du règlement — mais uniquement en ce qui concerne ces fonds.

La décision attaquée est-elle contraire au règlement n° 1073/1999?

62. Au vu de cette conclusion, il nous faut rechercher si la décision attaquée est contraire au règlement n° 1073/1999.

Résumé des arguments

63. Selon la Commission, la décision attaquée est contraire au règlement n° 1073/1999 sous deux aspects.

64. D'abord, la Commission rappelle que l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1073/1999 dispose que, «[d]ans les domaines visés à l'article 1er, l'Office effectue les enquêtes administratives à l'intérieur des institutions, organes et organismes» [50]. Or, selon le huitième considérant de la décision attaquée, «la lutte contre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE est une fonction essentielle de la direction de l'audit interne» qui «est chargée d'effectuer des enquêtes administratives à cette fin au sein de la BCE». En outre, selon l'article 2 de la décision attaquée, la D-IA est «chargée des enquêtes et des rapports sur toutes les questions relatives à la prévention et la détection de la fraude et des autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE». La Commission affirme que ces dispositions reviennent à dénier à l'OLAF le pouvoir d'effectuer des enquêtes internes et, empêchent, en pratique, l'application du règlement n° 1073/1999 à la BCE.

65. À cet égard, la Commission fait observer que le préambule de la décision attaquée distingue expressément entre, d'une part, les mesures prises sur la base de l'article 280 CE en vue de combattre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts de la Communauté et, d'autre part, les mesures applicables à la BCE, en soulignant que l'indépendance de la BCE est prévue par le traité et que la BCE a son propre budget et ses propres ressources financières distinctes des Communautés européennes. La décision attaquée exprime donc formellement la position de la BCE, qu'elle a exposée à diverses occasions au cours de la procédure législative qui a conduit à l'adoption du règlement n° 1073/1999, qui consiste à dire que la BCE peut seule décider si, par qui et comment les enquêtes sur les activités des membres de son personnel doivent être effectuées. L'idée que le système d'enquêtes prévu par la décision attaquée est considéré comme une alternative aux enquêtes menées par l'OLAF est, par ailleurs, selon la Commission, confirmé par le fait que la seule disposition prévoyant un contact entre les deux systèmes est l'article 1er, paragraphe 9, de la décision attaquée, en vertu duquel le comité antifraude sera «chargé des relations avec le comité de

50 — La Commission s'appuie sur la version française du règlement où il est écrit «*les* enquêtes», et non pas simplement «investigations» (des enquêtes) comme c'est le cas dans la version anglaise.

surveillance de l'[...] OLAF» conformément à des «principes [qui seront] énoncés par une décision de la BCE».

66. Ensuite, la Commission note que l'article 4, paragraphe 1, du règlement n° 1073/1999 fait obligation à toutes les institutions et à tous les organes et organismes créés par ou en vertu du traité CE d'adopter une décision qui — conformément à l'article 4, paragraphe 6 — doit inclure les règles concernant l'obligation de coopération et de fourniture d'informations à l'OLAF, les procédures devant être respectées par l'OLAF au cours de ses enquêtes internes et les garanties des droits des personnes visées par de telles enquêtes. Or la décision attaquée ne prévoit pas dans quelles conditions l'OLAF doit effectuer des enquêtes au sein de la BCE. En effet, elle prévoit que le personnel de la BCE doit informer le comité antifraude ou la D-IA de toute fraude ou activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE, mais n'impose pas d'obligation parallèle d'informer l'OLAF au sujet de telles activités.

67. La BCE soutient que la décision attaquée n'est pas contraire au règlement n° 1073/1999. En réponse au premier argument de la Commission — selon lequel le huitième considérant et l'article 2 de la décision attaquée constituent la négation des pouvoirs de l'OLAF — la BCE affirme que la décision attaquée ne fait pour l'essentiel que constater un état de fait préexistant à son adoption, comme le démontre l'emploi de l'indicatif dans le préambule et à l'article 2 [51]. La seule nouveauté dans la décision attaquée serait la création du comité antifraude, destiné à accroître l'indépendance de la D-IA et à renforcer sa capacité à combattre la fraude. En prenant cette mesure particulière, la BCE n'a pas méconnu le règlement n° 1073/1999 car celui-ci ne peut être interprété comme donnant à l'OLAF le monopole des enquêtes sur les activités frauduleuses au sein des institutions et organismes communautaires.

68. Au second argument de la Commission, la BCE répond que l'article 4 du règlement n° 1073/1999 n'oblige pas les institutions et organismes à adopter des règles à propos des modalités des enquêtes internes devant être menées par l'OLAF. L'article 4, paragraphe 1, ne dit pas expressément que les institutions et organismes doivent adopter de telles règles; la deuxième phrase de l'article 4, paragraphe 1, prévoit seulement que les «institutions se concertent sur le régime à établir». Il résulte donc des termes de l'article 4, paragraphe 1, que les institutions et organismes sont libres de s'abstenir d'adopter une telle décision, et peuvent prendre d'autres mesures appropriées pour combattre la fraude. À son avis, cet argument est étayé par le fait que les parties à l'accord interinstitutionnel ont jugé nécessaire d'y inclure une disposition faisant obligation aux institutions et organismes signataires d'adopter une telle décision. La BCE ajoute que l'article 4 ne fixe pas de délai pour l'adoption d'une décision par les institutions et organismes.

51 — La lutte contre la fraude «est» une fonction essentielle de la D-IA qui «est» chargée d'effectuer des enquêtes administratives.

Sur la recevabilité

69. La BCE conteste la recevabilité du deuxième argument de la Commission. Elle fait valoir que la question de savoir si elle a satisfait à son obligation de prendre des mesures en vertu de l'article 4 du règlement nº 1073/1999 ne peut pas être soulevée dans le cadre d'un recours en annulation introduit sur la base de l'article 230 CE. À son avis, cette question ne devrait pouvoir être examinée que dans le cadre d'un recours en carence introduit sur la base de l'article 232 CE.

70. La Commission rétorque en substance que la décision attaquée constitue, dans le fond, une décision de ne pas coopérer avec l'OLAF ainsi que l'exigent les dispositions du règlement nº 1073/1999 et, en particulier, de ne pas adopter la décision visée à l'article 4, paragraphes 1 et 6, de ce règlement. La Commission cherche ainsi à démontrer que la décision attaquée est une décision négative susceptible d'être attaquée sur la base de l'article 230 CE[52]. Ainsi, la recevabilité du deuxième argument de la Commission est inextricablement liée à l'examen du fond de l'affaire, raison pour laquelle nous nous proposons de l'examiner à cette occasion.

52 — Voir, notamment, arrêt du 8 mars 1972, Nordgetreide/Commission (42/71, Rec. p. 105, point 4), et arrêt du Tribunal du 8 juin 2000, Camar et Tico/Commission et Conseil (T-79/96, T-260/97 et T-117/98, Rec. p. II-2193, point 92, ainsi que la jurisprudence qui y est citée). Voir également Hartley T. C., *The Foundations of European Community Law* (4e éd., 1998), p. 335, 337, 380 et 381.

Sur le fond

71. Il convient de noter, pour commencer, que la Commission a expressément admis à l'audience que le règlement nº 1073/1999 ne peut pas être interprété comme confiant à l'OLAF le monopole des enquêtes en matière de fraude au sein des institutions communautaires, en rendant, de ce fait, illégale en soi la création d'unités internes de contrôle ou antifraude par les institutions, organes et organismes. Un tel résultat — qui pourrait avoir pour effet de compromettre les efforts déployés en matière de lutte contre la fraude si, à certains moments, l'OLAF se trouvait dans l'incapacité d'enquêter sur des allégations de fraude portées à sa connaissance — devrait s'appuyer sur une base solide dans le règlement lui-même. Or les termes du règlement ne permettent pas de retenir sans équivoque une telle conception.

72. Il est vrai que, comme la Commission le souligne, la version française du règlement nº 1073/1999 prévoit que l'OLAF effectue «*les* enquêtes internes»[53], et que les versions italienne et grecque contiennent des expressions comparables, pouvant, peut-être, laisser penser que l'OLAF est responsable de toutes les enquêtes internes. Cependant, les autres versions linguistiques n'autorisent pas une telle interprétation. Par exemple la version anglaise dit simplement que l'OLAF «shall carry out administrative investigations within the institu-

53 — Article 4 et septième considérant. C'est nous qui soulignons.

tions, bodies, offices and agencies». Rien n'indique, dans les travaux préparatoires du règlement n° 1073/1999, que le législateur ait eu l'intention d'exclure que les institutions, organes et organismes de la Communauté agissent dans le domaine de la lutte contre la fraude en rendant plus sévères, par exemple, leurs contrôles internes ou en créant des unités spécialement destinées à prévenir la fraude [54].

73. À notre avis, la création par la BCE d'un système interne destiné à combattre la fraude n'est donc pas en soi contraire au règlement n° 1073/1999.

74. Ensuite, il est évident, comme le fait observer la BCE, que la décision attaquée ne «nie» pas *explicitement* les pouvoirs conférés à l'OLAF par le règlement n° 1073/1999. La décision attaquée prévoit que la lutte contre la fraude «est une fonction essentielle» de la D-IA qui est «chargée d'effectuer des enquêtes administratives à cette fin au sein de la BCE». Ainsi la décision attaquée ne dit-elle pas que la D-IA est «seule» responsable de la lutte contre la fraude, et elle ne prévoit pas non plus expressément que l'OLAF n'est pas en droit d'enquêter auprès de son personnel, ni que les membres de la BCE ne doivent pas informer l'OLAF en cas de suspicion de fraude. Il est vrai aussi, comme le relève la BCE, que la décision attaquée n'exclut pas *expressément* l'éventualité que la BCE adopte, à l'avenir, une décision en application de l'article 4.

75. Cependant, l'affaire ne se résume pas à ces seuls points. Les institutions, organes et organismes de la Communauté sont liés par le règlement n° 1073/1999 et sont par conséquent tenus de s'abstenir de toute action susceptible de remettre en cause son effet utile. Comme le note le Conseil, le règlement n'impose pas d'obligation de résultat pour chaque institution ou organisme en leur laissant le choix des moyens qu'ils jugent les plus appropriés; il exige qu'ils coopèrent avec l'OLAF de bonne foi de telle sorte que l'OLAF puisse s'acquitter de la mission que lui a confiée le législateur.

76. La question est alors de savoir si la décision attaquée est susceptible de compromettre l'efficacité du règlement n° 1073/1999. Cette question doit, à notre avis, recevoir une réponse affirmative. Même si la décision attaquée n'empêchait pas totalement l'OLAF d'enquêter sur les allégations de fraude au sein de la BCE, elle rend de telles enquêtes très difficiles. Nous nous appuyons, pour affirmer cela, sur trois éléments.

54 — Proposition de règlement (CE, Euratom) du Conseil instituant un Office européen d'enquêtes antifraude, [COM(1998) 717 final]; proposition modifiée de règlement du Conseil relatif aux enquêtes effectuées par l'Office de lutte antifraude, [COM (1999) 140 final]; dernière version de la proposition de règlement (CE) du Parlement européen et du Conseil relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) [COM (1999) 225 final]; avis n° 2/99 de la Cour des comptes des Communautés européennes sur la proposition modifiée de règlement (CE, Euratom) relatif aux enquêtes effectuées par l'Office de lutte antifraude (JO, 1999 C 154, p. 1); résolution législative portant avis du Parlement européen sur la proposition modifiée de règlement du Conseil relatif aux enquêtes effectuées par l'Office de lutte antifraude (JO, 1999 C 279, p. 280), et rapport de la Commission du contrôle budgétaire, rapporteur Herbert Bösch, du 23 avril 1999, document PE A4-1999-0240.

77. Tout d'abord, l'article 2 — selon lequel la D-IA est «chargée des enquêtes et des rapports sur *toutes* les questions relatives à la prévention et la détection de la fraude et des autres activités illégales» [55] — semble exprimer le souhait du conseil des gouverneurs de la BCE de garantir que les enquêtes seront exclusivement effectuées par le dispositif antifraude de la BCE. Il serait irréaliste de croire que les membres du personnel — à l'exception peut-être d'un petit nombre de personnes courageuses — coopéreront avec l'OLAF au mépris d'une telle politique de la direction.

78. Ensuite, selon l'article 5 de la décision attaquée, les employés de la BCE i) «doivent [...] informer le comité antifraude ou la direction de l'audit interne de toute fraude ou activité illégale» et ii) «ne doivent en aucune manière subir de traitement injuste ou discriminatoire pour avoir participé aux activités du comité antifraude ou de la direction de l'audit interne visées dans la présente décision». En prévoyant que le personnel de la BCE est tenu d'informer le dispositif antifraude interne (et non l'OLAF) et, ce qui est plus grave, en omettant de dire que ce personnel ne doit pas être moins bien traité au motif qu'il a contribué aux activités de l'OLAF, cet article est susceptible de dissuader les employés de la BCE d'informer l'OLAF et de coopérer avec lui.

79. Et surtout, il ressort clairement à notre avis de la décision attaquée elle-même — tant de son préambule que de son texte — qu'elle constitue dans le fond une décision négative, un refus d'adopter la décision de mise en œuvre prévue par l'article 4 du règlement n° 1073/1999.

80. Si le préambule de la décision attaquée reconnaît qu'«il est nécessaire de mettre en œuvre tous les moyens disponibles pour» combattre la fraude [56], il prévoit aussi que la mise en œuvre de ces moyens doit se faire «tout en conservant la répartition et l'équilibre actuels des responsabilités entre la BCE et les institutions des Communautés européennes» [57]. Ainsi que la BCE l'a expliqué à la Cour, la D-IA était chargée des enquêtes en matière de fraude au sein de la BCE à l'époque où la décision attaquée a été adoptée. Le préambule pourrait donc être compris comme reflétant la résolution de la BCE de ne pas modifier le statu quo par l'adoption d'une décision d'application de l'article 4 visant à faciliter l'exécution d'enquêtes par l'OLAF.

81. Le premier considérant de la décision attaquée énonce que «la BCE, conjointement avec les institutions des Communautés européennes et les États membres, attache une grande importance [...] aux efforts déployés pour lutter contre la fraude». Le deuxième considérant rappelle que «le Conseil européen de Cologne de juin 1999 a estimé qu'il était éminemment souhaitable que la BCE participe aux

55 — C'est nous qui soulignons ici.

56 — Quatrième considérant.

57 — Ibidem.

efforts entrepris par les institutions des Communautés européennes pour lutter contre la fraude au sein de l'Union européenne». Dans le quatrième considérant, le préambule fait état de la «mission d'enquête dévolue à la BCE et aux institutions des Communautés européennes». Dans ces considérants, une distinction est établie entre, d'une part, les institutions de la CE et, d'autre part, la BCE. Cependant, dans le cinquième considérant, la BCE cite le règlement n° 1073/1999 au titre des «mesures pour lutter contre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés» prises par «les institutions des Communautés européennes et les États membres» sur la base de l'article 280 CE. Compte tenu de la distinction opérée entre la BCE et les institutions communautaires dans les premier, deuxième et quatrième considérants, le texte du cinquième considérant implique que la BCE ne se considère pas comme soumise aux dispositions du règlement n° 1073/1999, pas davantage qu'à l'obligation d'adopter une décision en application de l'article 4.

82. Cette interprétation du préambule se trouve confirmée par le sixième considérant qui indique que la BCE est indépendante des institutions et dispose de son propre budget et de ses propres ressources financières, distincts de ceux des Communautés européennes. Comme le fait observer la Commission, on peut déduire de ce seul considérant que la BCE considère sa position au sein du système du traité comme différente de celle des autres institutions et organismes dans la mesure où elle n'est pas, et ne pourrait pas être, contrainte de respecter le règlement n° 1073/1999.

83. La distinction établie par la BCE entre, d'une part, les règles du règlement n° 1073/1999 qui sont applicables aux institutions et États membres et, d'autre part, les mesures susceptibles d'être prises pour combattre la fraude au sein de la BCE elle-même ressort également avec évidence du septième et du huitième considérant, lus ensemble. Après avoir insisté — au sixième considérant — sur l'indépendance accordée à la BCE par le traité et les statuts, le septième considérant décrit l'OLAF comme une entité «institué[e] [par la Commission] au sein de ses propres services». Le sous-entendu est à nouveau clair: un service de la Commission ne peut pas être chargé d'enquêter sur les activités d'un organisme indépendant tel que la BCE.

84. D'autres dispositions de fond permettent également de considérer que la décision constitue en substance une décision de ne pas se conformer à l'article 4 du règlement n° 1073/1999.

85. On rappellera que l'article 1er, paragraphe 9, de la décision attaquée dispose que «[l]e comité antifraude est chargé des relations avec le comité de surveillance de l'[...] OLAF». La décision attaquée ne contient aucune autre disposition traitant de la coopération avec l'OLAF. Le seul point de contact entre le système de la BCE et l'OLAF se situe par conséquent à un niveau général; la décision attaquée ne prévoit pas la coopération au niveau opérationnel ni l'adoption d'une décision fixant les modalités des enquêtes que

l'OLAF doit effectuer. En outre, selon l'article 1er, paragraphe 8, le comité antifraude doit rendre compte de ses activités au conseil des gouverneurs, aux commissaires aux comptes extérieurs de la BCE et à la Cour des comptes européenne; il n'existe aucune obligation de faire rapport à l'OLAF.

86. L'article 2 de la décision attaquée affirme que la D-IA est, «[c]onformément à la présente décision et aux procédures appliquées au sein de la BCE», chargée des enquêtes et des rapports sur toutes les questions relatives à la prévention de la fraude au sein de la BCE, et l'article 5 dispose que «[l]es activités visées dans la présente décision sont exécutées sous réserve des dispositions des traités, notamment de l'article 6 du traité sur l'Union européenne, et du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, en prenant dûment en considération les conditions d'emploi du personnel de la Banque centrale européenne et le régime applicable aux personnes employées à titre temporaire». L'absence de référence au règlement n° 1073/1999 dans ces dispositions laisse penser que la BCE se considère comme étrangère au champ d'application du règlement et comme affranchie de l'obligation de se conformer à son article 4. Il convient également de noter que l'article 1er, paragraphe 9, indique que les relations entre le comité antifraude et le comité de surveillance de l'OLAF «sont régies par les principes énoncés par une décision de la BCE». A contrario, par conséquent, ces relations ne semblent pas régies par les règles fixées par le règlement n° 1073/1999.

87. Enfin, une comparaison approfondie entre les dispositions du règlement n° 1073/1999 et celles de la décision attaquée montre que cette dernière prend pour modèle ou s'inspire du premier. Les deux actes créent un comité de surveillance indépendant, définissent des règles de procédure destinées à protéger les droits des personnes concernées, prévoient que les autorités judiciaires nationales peuvent être informées dans les affaires de fraude, et insistent sur le respect du statut du personnel. La création par la BCE d'un système parallèle, comparable à celui qui est instauré par le règlement, est cohérent — comme le note la Commission — avec la thèse de la BCE, défendue avec force devant votre Cour, selon laquelle le règlement ne s'applique pas à la BCE, et selon laquelle celle-ci n'est donc pas obligée d'adopter une décision en application de l'article 4.

88. Nous concluons par conséquent que la décision attaquée est susceptible de compromettre l'efficacité du règlement n° 1073/1999, et qu'elle est, pour cette raison, contraire à celui-ci.

89. Cette conclusion n'est pas remise en cause par l'allégation de la BCE selon laquelle l'article 4 du règlement n° 1073/1999 n'a pas de caractère obligatoire et selon laquelle les institutions, organes et organismes sont simplement tenus de se concerter.

90. Il faut rappeler que, en vertu de l'article 4, paragraphe 1, «les enquêtes

internes sont exécutées dans [...] les conditions et selon les modalités prévues [...] par des décisions que chaque institution, organe et organisme adopte» et que, en vertu de l'article 4, paragraphe 6, «la décision qu'adopte chaque institution, organe et organisme, prévue au paragraphe 1, comprend notamment des règles relatives» à l'obligation de coopérer avec l'OLAF, aux procédures à observer par l'OLAF et aux garanties des droits des personnes concernées.

91. Le sens courant des expressions «par des décisions que [...] adopte» et «la décision qu'adopte» est, à notre avis, parfaitement clair — en anglais comme dans les autres versions linguistiques des articles 4, paragraphe 1, et 4, paragraphe 6: ces expressions n'ont aucun caractère facultatif et doivent se comprendre comme imposant une obligation d'agir [58]. Cette interprétation est, comme le relève la Commission, confirmée par le dixième considérant qui énonce que «les institutions, organes et organismes devront prévoir les conditions et modalités selon lesquelles ces enquêtes internes sont exécutées».

92. L'idée selon laquelle l'article 4 est obligatoire est également en accord avec l'objectif et la genèse du règlement n° 1073/1999. Ainsi que le montre son préambule, le règlement vise, essentiellement, à lutter contre la fraude en accordant à l'OLAF le pouvoir d'effectuer des enquêtes au sein des institutions et organismes de la Communauté, tout en respectant pleinement les droits des personnes concernées [59]. Pour atteindre cet objectif, il sera nécessaire — ce qui résulte également clairement du préambule [60] — de modifier le statut du personnel [61]. Se souvenant cependant que la réforme du statut du personnel est un processus qui demande du temps, le législateur a prévu l'adoption par les institutions et organismes de la Communauté de décisions fixant les règles concernant l'obligation de coopérer avec l'OLAF, les procédures à respecter et les droits des personnes concernées. Si l'adoption de ces décisions n'était pas obligatoire, l'objectif du règlement — la prévention efficace de la fraude dans le respect des droits de la personne — serait sérieusement mis à mal à court ou à moyen terme.

93. Comme nous l'avons expliqué plus haut, la Commission a d'abord proposé de créer l'OLAF et de définir ses règles de fonctionnement par la voie d'un règlement adopté sur la base de l'article 308 CE [62]. L'article 3, paragraphe 2, de la proposition de règlement prévoyait que «[c]haque institution et organe *peut* attribuer à l'OLAF

58 — Voir, dans le même sens, Mager U., «Das Europäische Amt für Betrugsbekämpfung (OLAF): Rechtsgrundlagen seiner Errichtung und Grenzen seiner Befugnisse», *Zeitschrift für europarechtliche Studien*, 2000, p. 117 et 187.

59 — Voir, en particulier, le dixième considérant.

60 — Ibidem.

61 — Statut des fonctionnaires des Communautés européennes, défini par le règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 259/68 du Conseil, du 29 février 1968, fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, et instituant des mesures particulières temporairement applicables aux fonctionnaires de la Commission (JO L 56, p. 1), plusieurs fois modifié depuis.

62 — Voir ci-dessus, point 7.

la fonction d'effectuer des enquêtes administratives internes à cette institution ou à cet organe [...] par une décision qui établit les conditions et les modalités selon lesquelles les enquêtes internes devront être exécutées» [63]. Ainsi la proposition prévoyait-elle que les institutions, organes et organismes pourraient choisir d'adopter une décision permettant à l'OLAF de procéder à des enquêtes internes [64]. Puisque le règlement n° 1073/1999 ne prévoit pas que les institutions «peuvent» adopter une décision en application de l'article 4, il semble que le législateur ait voulu que l'article 4 soit obligatoire. Cette déduction est confortée par l'exposé des motifs qui accompagnait la proposition de règlement n° 1073/1999, dans lequel la Commission précise que «[c]ontrary to the provisions of article 3(2) of the original proposal, the institution and bodies can no longer choose whether or not to confer this task on [OLAF]» [65].

94. La BCE cherche à répondre à ces arguments en faisant valoir qu'il résulte de l'article 4, paragraphe 1, que les institutions, organes et organismes sont tenus de se concerter. Nous ne sommes pas d'accord. En exigeant des concertations sur «le régime à établir», cette disposition ne contredit absolument pas l'idée que les institutions, organes et organismes sont tenus de définir ce régime dans le cadre d'une décision à adopter en application de l'article 4. Et nous ne sommes pas non plus convaincu par l'argument de la BCE selon lequel, en concluant l'accord interinstitutionnel, la Commission, le Conseil et le Parlement auraient implicitement reconnu que l'article 4 n'a pas de portée obligatoire. Il résulte de l'exposé des motifs rédigé par la Commission que l'objet de l'accord interinstitutionnel était de «prevent wide divergencies in the rules laid down by [the] decisions» [66] à adopter en application de l'article 4 du règlement, en fournissant un modèle de décision à adapter à la situation particulière de chaque institution. Cela est en outre confirmé par le préambule de l'accord qui indique que les «enquêtes doivent être effectuées dans des conditions équivalentes dans toutes les institutions, tous les organes et tous les organismes communautaires» [67] et que les parties se sont «concerté[e]s pour mettre en place à cet effet un régime commun» [68].

Conclusion

95. À la lumière de ces considérations, nous concluons i) que la décision attaquée constitue en substance une décision négative susceptible de recours au titre de l'article 230 CE et ii) qu'elle est contraire au règlement n° 1073/1999.

96. On peut ajouter que cette conclusion n'est pas affectée par l'argument de la BCE

63 — C'est nous qui soulignons ici.

64 — Voir également l'exposé des motifs rédigé par la Commission en même temps que la proposition [COM (1998) 717 final], point 12.

65 — COM (1999) 140 final, point 7.

66 — Voir COM (1999) 140 final, point 5.

67 — Sixième considérant.

68 — Septième et dernier considérant, in fine.

selon lequel l'article 4 ne fixe pas aux institutions, organes et organismes de délai pour adopter une décision. Comme nous l'avons expliqué, la décision attaquée doit se comprendre comme une décision de principe de ne pas adopter une telle décision. On ne saurait objecter que la décision attaquée a une nature essentiellement déclaratoire. En créant le comité antifraude, en définissant les règles procédurales et en prévoyant des relations (extrêmement limitées) avec l'OLAF, la décision attaquée est allée au-delà du simple constat de ce qu'était le rôle de la D-IA au sein de la BCE à l'époque de son adoption.

Le règlement nº 1073/1999 doit-il être déclaré inapplicable en vertu de l'article 241 CE?

97. Compte tenu de cette conclusion, il est nécessaire d'examiner le moyen soulevé par la BCE, tiré de l'inapplicabilité du règlement nº 1073/1999 en vertu de l'article 241 CE. Cet article prévoit la règle suivante:

«Nonobstant l'expiration du délai prévu à l'article 230, cinquième alinéa, toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un règlement arrêté conjointement par le Parlement européen et le Conseil ou un règlement du Conseil, de la Commission ou de la BCE, se prévaloir des moyens prévus à l'article 230, deuxième alinéa, pour invoquer devant la Cour de justice l'inapplicabilité de ce règlement.»

Sur la recevabilité

98. La Commission soutient que ce moyen doit être déclaré irrecevable. Elle estime que la BCE — qui savait que le règlement était destiné à s'appliquer à elle — aurait dû en contester la validité sur la base de l'article 230 CE. En vertu de l'article 230, troisième alinéa, CE, la BCE est en droit d'introduire un recours en annulation contre un règlement si ce recours tend à sauvegarder ses prérogatives. LA BCE affirme qu'elle ne savait pas que le règlement lui était applicable et rappelle que, conformément aux termes de l'article 241 CE, «toute partie» peut mettre en cause «un règlement» «[n]onobstant l'expiration du délai prévu à l'article 230, cinquième alinéa» CE.

99. Ces arguments soulèvent la question de savoir si une institution, un organe ou un organisme qui a omis d'introduire un recours contre un règlement dans le délai prescrit à l'article 230, cinquième alinéa, CE peut se prévaloir de l'article 241 CE en tant que moyen de défense dans le cadre d'un recours en annulation dirigé contre un de ses propres actes pour violation du règlement en question.

100. Cette importante question de principe n'a pas été tranchée par la Cour. Puisque les parties n'y ont consacré que très peu d'attention dans la présente affaire, nous nous proposons d'examiner d'abord les arguments de la BCE sur le fond, puis,

pour des raisons qui deviendront évidentes, d'émettre un avis non définitif sur leur recevabilité au regard de l'article 241 CE.

Sur la base juridique

101. LA BCE invoque la nullité du règlement n° 1073/1999 au motif qu'il a été adopté sur la base de l'article 280 CE. Son argumentation détaillée à cet égard s'articule autour de deux arguments.

— Le premier argument: les mesures de lutte contre la fraude dans les États membres

102. La BCE affirme, pour commencer, que l'article 280 CE n'accorde à la Communauté que le pouvoir d'adopter des mesures visant à renforcer la capacité de lutte des autorités des États membres contre la fraude et les autres irrégularités; cette disposition ne concernerait pas la fraude et les autres irrégularités se produisant à l'intérieur des institutions communautaires elles-mêmes. Le règlement n° 1073/1999 serait donc frappé de nullité dans la mesure où il étend les pouvoirs de l'OLAF aux institutions, organes et organismes de la Communauté européenne. À cet égard, la BCE fait observer que l'article 280, paragraphe 1, CE ne parle que des mesures visant à prévenir la fraude «dans les États membres» et que, selon l'article 280, paragraphe 4, CE, les mesures adoptées par la Communauté ne doivent pas concerner le «droit pénal national». L'absence de référence, dans l'article 280 CE, aux institutions et organismes doit, selon la BCE, revêtir une importance particulière, étant donné que l'article 286 CE énonce expressément que «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».

103. La Commission réfute ces arguments. Elle soutient que l'article 280 CE offre au législateur communautaire de vastes pouvoirs en prévoyant qu'il peut adopter toutes les «mesures nécessaires», et que l'article 280, paragraphe 4, CE doit être lu à la lumière de l'article 280, paragraphe 1, CE qui dispose que «[l]a Communauté et les États membres combattent la fraude... par des mesures prises conformément au présent article». Restreindre la portée de l'article 280 CE aux mesures destinées à aider la prévention de la fraude pourrait également en compromettre l'efficacité (l'effet utile) puisque, pour obtenir une vue complète des activités des agents économiques et des autorités dans les États membres dans le cadre d'enquêtes externes, il peut s'avérer nécessaire d'enquêter aussi sur les activités de membres ou du personnel des institutions et organismes de la Communauté.

104. Nous ne pouvons approuver les arguments de la BCE.

105. Il est vrai que, comme le Conseil l'a observé dans son mémoire en intervention, les termes de l'article 280 CE semblent à première vue viser des mesures destinées à renforcer les efforts déployés par les États membres pour combattre la fraude chez eux plutôt que la fraude commise à l'intérieur des institutions elles-mêmes. De plus, le fait que l'article 280 CE envisage l'adoption de «mesures nécessaires» serait sans grande pertinence puisque, comme le relève la BCE, cette expression ne fait qu'éluder la question du but des mesures à adopter: combattre la fraude au sein des institutions ou des États membres?

106. Une analyse plus attentive du libellé, de la structure et de l'histoire de l'article 280 CE conduit, cependant, à conclure que la Communauté peut adopter des mesures destinées à prévenir la fraude dans les institutions et organismes.

107. Rappelons d'abord que selon l'article 280, paragraphe 1: «[l]a Communauté et les États membres combattent la fraude [...] par des mesures prises conformément au présent article». L'argument de la Commission nous semble avoir un certain poids: en faisant référence à la fois à la Communauté *et* aux États membres, l'article 280, paragraphe 1, CE semble envisager l'adoption de mesures destinées à combattre la fraude au sein des institutions communautaires elles-mêmes. Cet argument est pertinent pour l'interprétation de l'article 280, paragraphe 4, CE qui doit être compris à la lumière de l'article 280 CE tout entier.

108. Ensuite, l'article 280, paragraphe 4, CE prévoit que «[l]e Conseil, [...], arrête, [...], les mesures nécessaires [...] en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres». L'expression «protection équivalente dans les États membres» est révélatrice: elle fixe une condition qui doit être remplie par toutes les mesures destinées à combattre la fraude dans les États membres. Il est toutefois important de noter que l'article 280, paragraphe 4, CE ne dit pas que la Communauté ne peut agir «que» dans le but de garantir une protection équivalente dans les États membres. Ainsi le fait que l'article 280 CE fixe une condition (d'équivalence) que doivent remplir certains types de mesures (applicables à la prévention de la fraude dans les États membres) ne peut, à notre avis, être compris comme signifiant que le législateur n'est pas habilité à arrêter d'autres mesures (destinées à lutter contre la fraude au sein des institutions et organismes). Nous estimons, pour la même raison, que la dernière phrase de l'article 280, paragraphe 4, CE — qui indique que les mesures adoptées «ne doivent pas concerner le droit pénal national» — doit se comprendre comme une condition applicable dans le cas où la Communauté adopte des mesures destinées à lutter contre la fraude dans les États membres; on ne saurait en déduire que d'autres mesures ne peuvent pas être adoptées.

109. En troisième lieu, ce qui est peut-être plus important, l'article 280 CE prévoit expressément que les mesures adoptées doivent offrir une protection «effective» des intérêts financiers de la Communauté contre la fraude et les autres irrégularités. Le législateur pourrait difficilement respecter cette condition s'il ne pouvait pas prendre des mesures destinées à lutter contre la fraude dans les institutions et organismes communautaires. Pour obtenir une vue complète des activités des agents économiques et des autorités dans les États membres, il peut s'avérer nécessaire, comme le fait remarquer la Commission, d'enquêter aussi sur les activités de membres ou du personnel des institutions et organismes de la Communauté. Le fait que certaines institutions et certains organismes puissent mettre en place des dispositifs antifraude internes indépendamment des mesures adoptées au titre de l'article 280 CE ne constitue pas une objection convaincante contre cet argument, car il n'est pas certain que tous les institutions et organismes créeront de tels dispositifs ni que ceux-ci seront aussi efficaces.

110. De plus, il serait paradoxal, à notre avis, que la Communauté ait le pouvoir de réglementer un domaine sensible du champ de compétence des États membres — à savoir les enquêtes concernant des infractions pénales potentiellement graves — et ne puisse tout simplement pas arrêter des règles générales à propos des enquêtes concernant les agissements de son propre personnel sur la base de l'article 280 CE, et il ne semble pas plausible que la révision de l'article 209 A du traité effectuée par le traité d'Amsterdam — consistant précisément à ajouter la compétence régie par l'article 280, paragraphe 4, CE — ait entendu exclure ce type de mesures.

111. Nous sommes conforté dans cette opinion par les travaux préparatoires du traité d'Amsterdam [69]. Il ressort de ces documents que l'article 280, paragraphe 4, CE a été inséré dans le traité parmi les préoccupations concernant la fraude et les autres abus de fonds communautaires dans les États membres [70] et au sein des institutions communautaires. C'est ainsi que, dans son avis du 28 février 1996, intitulé «Renforcer l'union politique et préparer l'élargissement», la Commission a insisté sur le point suivant: «La fraude aux intérêts financiers des Communautés doit être efficacement combattue. Elle ne pourra l'être sans un engagement total des États membres *aussi bien que des institutions*. La Commission propose que l'Union se dote d'une base juridique appropriée» [71]. Dans «Une stratégie pour l'Europe», rapport final du Président du groupe de réflexion sur la conférence intergouvernementale de 1996 [72], il a été dit que le «Groupe souhaite que les institutions de la Communauté parviennent à des résultats plus efficaces en matière de lutte contre la fraude» et que «[t]*outes les institutions et tous les organes*

69 — Qui peuvent être consultés sur la base de données historiques de la CIG 1996 (1996 IGC retrospective database) http://europa.eu.int/en/agenda/igc-home/eu.doc/commissn/avis.fr.html.

70 — Voir, par exemple, le rapport sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne présenté par la Commission, le 10 mai 1995, points 66 à 68; résolution sur l'avis du Parlement européen sur la convocation de la conférence intergouvernementale, point 22, et la résolution [du Parlement européen] sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne en vue de la conférence intergouvernementale de 1996 — réalisation et développement de l'Union, point 36.

71 — Point 11. C'est nous qui soulignons.

72 — Rapport du groupe de réflexion, Messina, 2 juin 1995, Bruxelles, 5 décembre 1995, deuxième partie: agenda annoté.

doivent être dûment contrôlés» [73]. On trouve une déclaration dans le même sens dans la résolution du Parlement européen sur la convocation de la conférence intergouvernementale du 13 mars 1996 qui a qualifié de «priorité essentielle pour l'avenir de l'Europe» une «crédibilité renforcée pour l'Union européenne par la lutte effective contre l'utilisation frauduleuse des ressources financières communautaires *à tous les niveaux*, ce qui suppose la définition selon une procédure démocratique de toutes réglementations communautaires nécessaires pour protéger les intérêts financiers de la Communauté européenne» [74]. On notera également que le rapport de la Cour des comptes au groupe de réflexion sur le fonctionnement du traité sur l'Union européenne, adopté en mai 1995, a souligné que «la fraude commise au détriment des fonds communautaires est susceptible de mettre sérieusement en cause la crédibilité de l'Union et la lutte contre ce phénomène est une tâche commune et primordiale pour les institutions et les États membres» [75].

112. Enfin, il faut se souvenir que la Cour de justice n'adopte pas une méthode d'interprétation stricte et littérale lorsqu'il s'agit de dispositions du traité qui confèrent des compétences [76], et il est constant que «[l]la Communauté agit normalement sur la base de compétences spécifiques qui, [...], ne doivent pas nécessairement résulter expressément de dispositions spécifiques du traité, mais peuvent également se déduire, de façon implicite, de ces dispositions» [77]. L'article 280 CE fixe au législateur communautaire la tâche de «combatt[re] la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté» et prévoit l'adoption de mesures obligatoires à cet effet. L'idée que ces mesures peuvent s'étendre à la prévention de la fraude au sein des institutions et organismes est en accord avec cette jurisprudence [78].

— Le deuxième argument: les intérêts financiers de la Communauté

113. Selon la BCE, le règlement n° 1073/1999 est nul dans la mesure où il s'applique à la BCE. À cet égard, elle fait valoir que l'article 280 CE est placé dans le titre II de la cinquième partie du traité CE, qui comporte les règles générales applicables au budget de la Communauté européenne. Puisque le traité doit recevoir une interprétation systématique, la notion d'«intérêts financiers de la Communauté», employée à l'article 280 CE, ne peut pas différer de la notion de «budget» de la Communauté européenne, mentionnée à l'article 268 CE. Il s'ensuit que l'article 280 CE autorise la Communauté

73 — Point 133, c'est nous qui soulignons.

74 — Priorité essentielle VII. C'est nous qui soulignons.

75 — Point 3.1; c'est nous qui soulignons. Voir aussi le point 1.6, qui précisait que «les efforts nécessaires [doivent être] menés, tant en matière de gestion par les Institutions, en particulier la Commission, et les Administrations nationales, que par l'ensemble des parties en matière de renforcement du contrôle pour lutter contre la fraude affectant les intérêts financiers de l'Union».

76 — Voir, notamment, arrêts du 20 octobre 1992, Conseil/Parlement e.a. (C-295/90 REV, Rec. p. I-5299); du 9 novembre 1995, Allemagne/Conseil (C-426/93, Rec. p. I-3723); du 3 décembre 1996, Portugal/Conseil (C-268/94, Rec. p. I-6177), et du 9 octobre 2001, Pays-Bas/Parlement et Conseil (C-377/98, Rec. p. I-7079, point 15).

77 — Avis 2/94 de la Cour, du 28 mars 1996 (Rec. p. I-1759, point 25). Voir aussi arrêt du 9 juillet 1987, Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni/Commission (281/85, 283/85 à 285/85, 287/85, Rec. p. 3203).

78 — Voir, dans le même sens, U. Mager, précité note 58, p. 189.

à prendre seulement des mesures destinées à protéger la Communauté contre les fraude et les autres activités illégales qui impliquent une perte de recettes ou une augmentation des dépenses pour le budget de la Communauté. Or la BCE est financièrement indépendante du budget de la Communauté européenne. Elle dispose de son propre budget en vertu du chapitre IV des statuts («Dispositions financières») [79] et des règles plus détaillées que le conseil des gouverneurs arrête en vertu de l'article 12, paragraphe 3, des statuts [80]. Selon l'article 26, paragraphe 2, des statuts, ce budget est établi par le directoire conformément aux principes déterminés par le conseil des gouverneurs [81]. En outre, les actifs de la BCE ne proviennent pas du budget de la Communauté [82], et les pertes de la BCE ne peuvent en aucun cas constituer un objet de dépense pour le budget de la Communauté [83]. S'il est vrai que la BCE gère certains fonds constituant des ressources du budget de la Communauté, ces fonds ont une importance marginale par rapport aux tâches confiées à la BCE, et ils ne justifient donc pas la soumission de l'ensemble des activités de la BCE aux pouvoirs de l'OLAF.

114. La Commission rétorque que le champ d'application de l'article 280, paragraphe 4, CE ne se limite pas à la protection du budget de la Communauté, puisqu'il parle expressément des «intérêts financiers de la Communauté», expression qui recouvre toutes les ressources gérées par les institutions, organes et organismes de la Communauté, quelle que soit leur origine. Cette conception est conforme à l'article 248 CE qui prévoit que les pouvoirs de la Cour des comptes ne se limitent pas aux comptes des recettes et dépenses du budget de la Communauté. Elle est également étayée par la pratique législative. Ainsi, le règlement n° 2988/95 [84] donne de l'«irrégularité» la définition suivante: «toute violation d'une disposition du droit communautaire résultant d'un acte ou d'une omission d'un opérateur économique qui a ou aurait pour effet de porter préjudice au budget général des Communautés ou *à des budgets gérés par celles-ci*, soit par la diminution ou la suppression de recettes provenant des ressources propres perçues directement pour le compte des Communautés, soit par une dépense indue» [85]. Cette disposition prouve que les intérêts financiers de la Communauté peuvent être, et ont été, entendus comme une notion plus large que le budget des Communautés.

79 — Articles 26 à 33 des statuts.

80 — L'article 12, paragraphe 3, dispose que «[l]e conseil des gouverneurs adopte un règlement intérieur déterminant l'organisation interne de la BCE et de ses organes de décision.» Sur la base de cette disposition, la BCE a adopté le règlement intérieur de la Banque centrale européenne, modifié le 22 avril 1999 (JO 1999, L 125, p. 34), qui contient aux articles 15 et 16 les règles fixant la procédure budgétaire et les rapports sur les comptes annuels.

81 — Ces principes ont été, selon la BCE, définis dans une décision du conseil des gouverneurs du 1er décembre 1998, et modifiés ensuite par une décision du conseil des gouverneurs du 15 décembre 1999.

82 — Les actifs de la BCE sont composés de i) son capital qui est souscrit par les banques centrales nationales, conformément aux dispositions de l'article 28 des statuts, ii) sa réserve de change dotée par les banques centrales nationales, conformément à l'article 30 des statuts, et iii) du revenu monétaire dégagé par l'exercice des missions de politique monétaire du SEBC et des banques centrales, réparti conformément à l'article 32 des statuts.

83 — La BCE cite l'article 33, paragraphe 2, des statuts qui prévoit que, «[s]i la BCE enregistre une perte, celle-ci est couverte par le fonds de réserve général de la BCE et, si nécessaire, après décision du conseil des gouverneurs, par les revenus monétaires de l'exercice financier concerné au prorata et jusqu'à concurrence des montants alloués aux banques centrales nationales conformément à l'article 32.5».

84 — Voir note 7.

85 — Article 1er, paragraphe 2. C'est nous qui soulignons ici.

115. En tout état de cause, la Commission soutient que, même si une distinction devait être faite entre, d'une part, le budget de la Communauté et, d'autre part, les intérêts financiers de la BCE, la BCE entrerait bien dans le champ d'application de l'article 280, paragraphe 4, CE et des mesures prises sur la base de cette disposition. Et ce parce que la BCE gère certaines ressources communautaires incluant, notamment, l'impôt communautaire qui est prélevé sur les traitements et pensions de retraite des membres du conseil des gouverneurs, du conseil général et du personnel de la BCE [86]. Le fait que ces ressources représentent une faible part du budget de la BCE est indifférent puisque c'est au législateur communautaire qu'il appartient de décider si le fait qu'un organisme gère des fonds de la Communauté justifie l'adoption de mesures pour combattre la fraude au sein de cet organisme.

116. Nous ne sommes pas convaincu par les arguments de la BCE.

117. S'il est constant que les limites des pouvoirs conférés à la Communauté par une disposition spécifique du traité doivent être déterminées, notamment, au regard de sa place dans le système du traité [87], il ne résulte pas de cette jurisprudence que différentes expressions utilisées dans le même titre du traité doivent se voir attribuer la même signification. Le fait que l'article 280 CE figure dans le titre II de la cinquième partie du traité CE n'offre donc pas, à notre avis, un argument convaincant en faveur de la thèse de la BCE, selon laquelle la notion d'«intérêts financiers de la Communauté» devrait se comprendre comme synonyme de «budget de la Communauté». Au contraire, l'existence de deux expressions différentes dans différentes dispositions du même titre semble suggérer que l'on a voulu leur donner un sens différent. De plus, lorsque l'article 280, paragraphe 4, CE a été introduit par le traité d'Amsterdam — dans le but de permettre l'adoption de mesures plus strictes contre la fraude —, il était tout à fait naturel de placer cette disposition dans les dispositions financières du titre II, cinquième partie. On ne saurait en déduire que les rédacteurs du traité ont voulu que son objet se limite au budget des Communautés dont il est questions dans les dispositions qui précèdent, à l'intérieur de ce titre. Rien non plus, dans les travaux préparatoires du traité d'Amsterdam, ne permet de penser que la décision de faire figurer l'article 280, paragraphe 4, CE dans ce titre était destinée à en limiter le champ d'application ou à préserver la BCE des mesures contre la fraude.

118. Nous sommes par conséquent d'accord avec la Commission pour affirmer que l'article 280, paragraphe 4, CE confère au législateur le pouvoir d'adopter des mesures destinées à prévenir la fraude et les autres activités illégales qui, si elles ne sont pas *directement* liées au budget de la Communauté, sont susceptibles de porter préjudice

86 — La déduction est opérée en vertu du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes, qui s'applique à la BCE (article 40 des statuts) et du règlement (CE, CECA, Euratom) nº 1197/98 du Conseil, du 5 juin 1998, modifiant le règlement (CEE, Euratom, CECA) nº 260/68 portant fixation des conditions et de la procédure d'application de l'impôt établi au profit des Communautés européennes (JO L 166, p. 1).

87 — Voir, en particulier, arrêt du 6 juillet 1982, France, Italie et Royaume-Uni/Commission (188/80 à 190/80, Rec. p. 2545, point 6).

aux *intérêts financiers* de la Communauté au sens large, en portant atteinte à son patrimoine. Qui plus est, la source du patrimoine en question n'est pas décisive à notre avis; s'assurer que les fonds détenus par les institutions, organes et organismes de la Communauté sont correctement utilisés doit être considéré, selon nous, comme faisant partie des intérêts financiers de la Communauté et peut donc faire l'objet de mesures adoptées sur la base de l'article 280, paragraphe 4, CE.

119. La BCE estime que cette interprétation est contraire à la pratique législative. Elle fait valoir que, contrairement à ce que prétend la Commission, les dispositions du règlement n° 2988/95 prouvent que les intérêts financiers de la Communauté ne peuvent recouvrir davantage que le budget communautaire et, peut-être, le budget de certains organes et agences dont les actifs proviennent de ce budget et qui bénéficient à cet égard d'une garantie de déficit. Elle invoque également la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers de la Communauté [88], qui prévoit qu'«est constitutif d'une fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes: [...] en matière de dépenses, tout acte ou omission intentionnel [...] ayant pour effet la perception ou la rétention indue de fonds provenant du budget général des Communautés européennes ou des budgets gérés par les Communautés européennes ou pour leur compte» [89].

120. Dans le cadre de la présente affaire, nous n'accorderions cependant pas trop de poids aux définitions données dans ces actes. Si la pratique du législateur peut présenter un intérêt pour déterminer le champ de compétences de la Communauté [90], il convient de se souvenir que le règlement n° 2988/95 a été adopté sur la base de l'article 235 du traité CE (devenu article 308 CE), et non de l'article 280 CE. Par ailleurs, ce règlement et la convention invoquée par la BCE ont été rédigés à une époque où la BCE n'existait pas encore. Le fait que, à ce moment-là, les «intérêts financiers de la Communauté» aient été définis en des termes susceptibles d'être interprétés comme excluant les intérêts financiers d'organes ou d'organismes tels que la BCE qui ont un capital et un budget totalement ou en majeure partie distincts du budget de la Communauté ne saurait être décisif pour l'interprétation à donner à l'article 280 CE aujourd'hui.

121. La question est alors de savoir si le règlement n° 1073/1999 peut être considéré comme une mesure visant à protéger les «intérêts financiers de la Communauté» dans la mesure où il vise à empêcher que la fraude et les autres irrégularités ne portent atteinte au budget et au patrimoine de la BCE.

122. Nous répondrons à cette question par l'affirmative. Le fait qu'il existe, comme le

88 — Précitée note 8.

89 — Article 1er.

90 — Voir nos conclusions du 13 novembre 2001 dans l'affaire Commission/Conseil (C-29/99, arrêt du 10 décembre 2002, Rec. p. I-11221, p. I-11225, point 148).

souligne la BCE, une forme de séparation entre les finances de la BCE et celles du reste des institutions et organismes de la Communauté n'est pas déterminant à notre avis. La BCE est, comme nous l'avons expliqué plus haut, un organisme qui fait partie intégrante de l'ordre communautaire [91]. Puisqu'il s'agit d'un organisme communautaire, ses intérêts financiers constituent un sous-ensemble des intérêts financiers de la Communauté. La validité du règlement n° 1073/1999 n'est donc pas affectée par le fait qu'il a été adopté sur la base de l'article 280, paragraphe 4, CE.

123. La BCE objecte à cette conclusion que les dispositions concernant le statut institutionnel de la BCE se trouvent à l'article 8 CE, titre VII de la troisième partie du traité ainsi que dans les statuts. La cinquième partie du traité — dont le titre I contient les dispositions relatives aux cinq institutions de la Communauté, au Conseil économique et social, au Comité des régions et à la Banque européenne d'investissement, et le titre II comporte les dispositions financières (y compris l'article 280 CE) — ne contient pas de chapitre consacré à la BCE. Selon celle-ci, la structure du traité est le reflet d'un choix délibéré des rédacteurs du traité, que la Cour de justice devrait respecter dans son interprétation de l'article 280, paragraphe 4, CE.

124. Nous ne sommes pas d'accord. L'interprétation structurelle du traité à laquelle la BCE donne sa préférence ne peut prévaloir sur les termes non équivoques de l'article 280, paragraphe 4, CE qui, en faisant référence aux intérêts financiers de «la Communauté», suggèrent que des mesures peuvent être valablement adoptées à l'égard de tous les institutions, organes et organismes de la Communauté, y compris la BCE. Il pourrait au demeurant s'avérer délicat d'assurer une «protection effective» des intérêts financiers de la Communauté, ainsi que le prévoit l'article 280 CE, si un organisme tel que la BCE, qui dispose d'un budget annuel conséquent [92] et d'actifs importants [93], échappait à son champ d'action.

125. Nous concluons par conséquent que le règlement n° 1073/1999 a été adopté sur une base légale correcte.

La consultation prévue par l'article 105, paragraphe 4, CE

126. La BCE affirme que, si le règlement n° 1073/1999 doit être interprété comme

91 — Voir points 55 à 60.

92 — Il ressort des comptes annuels de la BCE et du bilan consolidé d'Eurosystème 2001 que, pour l'exercice clos le 31 décembre 2001, la BCE avait un revenu net total de 2 124 963 526 euros, et qu'elle a réalisé un bénéfice de 1 821 819 922 euros. Les comptes ont été publiés dans le rapport annuel 2001 de la BCE, disponible à l'adresse suivante: http://www.ebc.int.

93 — Selon l'article 28 des statuts, le capital de la BCE s'élève à 5 000 millions d'écus et peut être augmenté par décision du conseil des gouverneurs. En vertu de l'article 30, paragraphe 1, des statuts, la BCE est dotée par les banques centrales nationales d'avoirs de réserve de change jusqu'à concurrence d'un montant équivalant à 50 milliards d'écus. Selon les comptes annuels de la BCE et le bilan consolidé d'Eurosystème 2001, précités note 93, à la fin de l'année 2001, le total des actifs de la BCE s'élevait à 68 061 170 826 euros.

lui étant applicable, elle aurait alors dû être consultée, ainsi que le prévoit l'article 105, paragraphe 4, CE qui exige que la BCE soit consultée, notamment, sur «sur tout acte communautaire proposé dans les domaines relevant de sa compétence». En l'absence de consultation formelle de la BCE, le règlement est invalide car la consultation est un aspect essentiel de l'équilibre institutionnel créé par le traité et constitue donc une forme substantielle.

127. Plus spécifiquement, la BCE soutient que le règlement n° 1073/1999 relève de «sa compétence» parce qu'il touche directement au pouvoir d'organisation interne qui lui a été accordé par l'article 12, paragraphe 3, des statuts [94], tel que complété par le principe des pouvoirs implicites [95], et à son pouvoir d'«arrête[r] [...] le régime applicable au personnel de la BCE», en vertu de l'article 36 des statuts. Dans ce contexte, elle rappelle que le législateur communautaire avait consulté le prédécesseur de la BCE (l'Institut monétaire européen, ci-après l'«IME») sur la proposition de règlement n° 1197/98 [96] qui a étendu l'application du régime fiscal des personnels de la Communauté [97] aux rémunérations des membres du conseil des gouverneurs et du Conseil général, et au personnel de la BCE.

128. Le fait que des membres du personnel de la BCE aient participé aux travaux préparatoires au sein du Conseil est sans incidence puisque le défaut de consultation formelle de la BCE a privé le conseil des gouverneurs de la possibilité de rendre un avis en application des procédures applicables [98] et d'expliquer au législateur, en termes de son propre choix, pourquoi le règlement n° 1073/1999 ne devrait pas s'appliquer à la BCE.

129. La Commission s'oppose à ces arguments. Elle demande si l'obligation de consulter la BCE prévue à l'article 105, paragraphe 4, CE n'est pas limitée aux mesures qui concernent les questions de fond essentielles relevant de la responsabilité de la BCE, en particulier la politique monétaire de la Communauté. Si l'on se réfère à son libellé, l'article 105, paragraphe 4, CE ne s'applique pas à toutes les mesures susceptibles d'avoir des conséquences pour la BCE. La Commission considère en outre que la BCE a été consultée dans la mesure où elle a été invitée à participer et a effectivement pris part aux travaux préparatoires réalisés au Conseil, où elle a fait connaître sa position oralement et par écrit. Le fait que le règlement n° 1073/1999 ne mentionne pas expressément la position que la BCE a exprimée au cours de la phase préparatoire est une question de forme qui ne peut affecter la validité du règlement.

94 — Précité note 80.

95 — À ce propos, la BCE cite l'arrêt Allemagne/Commission, précité note 78.

96 — Voir note 86.

97 — Tel que défini dans le règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 260/68 du Conseil, du 29 février 1968, portant fixation de conditions et de la procédure d'application de l'impôt établi au profit des Communautés européennes (JO L 56, p. 8), modifié plusieurs fois par la suite.

98 — Les procédures d'adoption des avis de la BCE étaient, à cette époque, définies dans la circulaire administrative 4/98 de la BCE, que la BCE a communiquée à la Cour.

130. Ces arguments appellent trois remarques préliminaires.

131. D'abord, ni la Commission ni les intervenants ne contestent que la consultation prévue par l'article 105, paragraphe 4, CE constitue une forme substantielle. Nous approuvons. La Cour de justice juge de manière constante que les consultations ou avis exigés dans le traité doivent être considérés comme des formes substantielles [99]. La consultation de la BCE sur les mesures proposées dans son domaine de compétence constitue une étape procédurale, exigée par une disposition du traité, qui est certainement susceptible d'avoir des répercussions sur le contenu des mesures adoptées [100]. Le non-respect de cette exigence doit, à notre avis, être susceptible de justifier l'annulation des mesures adoptées.

132. Ensuite, il ne fait pas de doute que la consultation envisagée par l'article 105, paragraphe 4, CE vient s'ajouter aux consultations exigées par les dispositions spécifiques du traité qui confèrent des compétences particulières. Le fait que l'article 280, paragraphe 4, CE ne prévoie pas la consultation de la BCE est donc sans incidence, ainsi que la BCE l'a fait observer en réponse aux arguments du gouvernement néerlandais, lorsqu'il s'agit de déterminer si la consultation était exigée dans la présente affaire.

133. Enfin, la question qui se pose ici n'est pas de savoir s'il aurait été utile ou souhaitable de consulter la BCE sur la proposition de règlement n° 1073/1999. La question est de savoir si le législateur communautaire [101] était tenu de consulter la BCE et, si oui, s'il a satisfait à cette obligation.

134. Afin de répondre à cette question, il ne suffit pas de noter, comme le fait observer la BCE, qu'une mesure peut affecter la BCE d'une certaine manière sans relever du domaine de l'article 105, paragraphe 4, CE. Il est nécessaire d'interpréter les termes de l'article 105, paragraphe 4, CE à la lumière de son contexte et de son objectif afin de déterminer s'il s'applique à une mesure — telle que le règlement n° 1073/1999 — qui vise à combattre la fraude et les autres irrégularités en prévoyant, notamment, les règles applicables à la conduite des enquêtes internes.

99 — Voir, sur l'obligation de consulter le Parlement européen, arrêts du 29 octobre 1980, Roquette Frères/Conseil (138/79, Rec. p. 3333); du 5 juillet 1995, Parlement/Conseil (C-21/94, Rec. p. I-1827, point 17). Voir, sur l'obligation pour la Haute Autorité de consulter le Conseil et le Comité consultatif dans le cadre du traité CECA, arrêts du 21 décembre 1954, France/Haute Autorité (1/54, Rec. p. 17), et Italie/Haute Autorité (2/54, Rec. p. 73), confirmés par l'arrêt du 21 mars 1955, Pays-Bas/Haute Autorité (6/54, Rec. p. 201).

100 — Voir, sur cette question, Hartley T., *The Foundations of European Community Law* (4e éd., 1968), p. 412.

101 — On ne sait pas en toute certitude si c'est à la Commission, au Conseil, voire au Parlement, qu'il incombait de consulter la BCE en application de l'article 105, paragraphe 4, CE. Voir R. Smits, précité note 46, p. 212. Comparer avec Cloos J., et al., *le Traité de Maastricht: genèse, analyse, commentaires* (2e éd., 1994), p. 254 et Rideau J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes* (3e éd. 1999), p. 614), qui estiment que c'est au Conseil de procéder à la consultation.

135. On peut admettre que l'expression «sur tout acte communautaire proposé dans les domaines relevant de sa compétence», employée à l'article 105, paragraphe 4, CE est large et qu'elle peut, à première vue, se comprendre comme recouvrant toutes les mesures relevant des domaines de compétence de la BCE, ou interférant avec ceux-ci, aux termes du traité ou des statuts, y compris son pouvoir d'organisation interne et son pouvoir de définir les conditions d'emploi de son personnel.

136. Cependant, cette lecture du texte de l'article 105, paragraphe 4, CE n'est pas, à notre avis, conciliable avec une interprétation systématique du traité. L'article 105 CE est placé dans le chapitre 2 («Politique monétaire») du titre VII de la troisième partie du traité. L'article 105 CE, qui est le premier article de ce chapitre, est divisé en six paragraphes. Après avoir exposé, dans le paragraphe 1, les objectifs du SEBC, l'article contient en son paragraphe 2 une liste des missions principales qui incombent au SEBC. Puis, après le paragraphe 3 qui ne fait qu'expliquer le contenu du paragraphe 2, troisième tiret, le paragraphe 4 prévoit la consultation de la BCE.

137. 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», et non dans le chapitre 3 qui comporte les «Dispositions institutionnelles» relatives à la BCE [102]. Il en résulte, à notre avis, que l'article 105, paragraphe 4, CE doit être interprété comme s'appliquant aux mesures proposées qui concernent les questions couvertes par l'article 105, paragraphe 2, CE (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 (contrôle prudentiel) et par l'article 106 CE (émission de billets et de pièces). L'article 105, paragraphe 4, CE ne s'applique pas, en revanche, aux mesures relevant de ou interférant avec les compétences spécifiques qui ont été attribuées à la BCE par les articles 12 et 36 des statuts [103].

138. Nous sommes conforté dans cette opinion par les travaux préparatoires relatifs à l'article 105, paragraphe 4, CE. Le projet de traité modifiant le traité instituant la Communauté économique européenne, qui a été présenté par la Commission en 1991 [104], prévoyait la consultation de la BCE sur «tout projet de législation communautaire [...] concernant la monnaie, le contrôle prudentiel, les questions bancaires ou financières». Dans l'exposé des motifs

102 — Il convient de noter, sur ce point, que l'article 112, paragraphe 2, sous a), CE — qui est placé dans le chapitre 3 du titre VII — prévoit expressément que le conseil des gouverneurs de la BCE doit être consulté préalablement à la nomination du président, du vice-président et des autres membres du directoire.

103 — Voir, dans le même sens, R. Smits, précité note 46, p. 212; Rideau J., *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes* (3e éd. 1999), p. 614 qui affirme que, en vertu de l'article 105, paragraphe 4, CE, la BCE est «associée à l'exercice du pouvoir de décision attribué au Conseil *en matière monétaire*» (c'est nous qui soulignons ici).

104 — *Bulletin des Communautés européennes*, n° 2/91.

qui accompagnait le projet de traité, la Commission indiquait que sa proposition «entitles the [ECB] to be consulted by [...] the Commission [...] regarding any draft legislation [...] in the fields within its competence» [105]. Il nous semble dès lors que l'on peut raisonnablement admettre que, en faisant référence, à l'article 105, paragraphe 4, CE, aux «domaines de [...] compétence» de la BCE, les rédacteurs du traité n'ont pas entendu donner à cette expression un autre sens; cette déduction est en outre cohérente avec les autres travaux préparatoires du traité sur l'Union européenne [106].

139. On ne saurait objecter que l'article 105, paragraphe 4, CE se réfère au pluriel aux «domaines» de compétence de la BCE, alors que l'article 117, paragraphe 6, CE prévoyait — jusqu'à la création de la BCE — la consultation de l'IME sur les propositions d'actes communautaires entrant dans le «domaine relevant de sa compétence». L'emploi du singulier dans cet article était dû au fait que les tâches de l'IME étaient limitées; selon l'article 117, paragraphes 2 et 3, CE son rôle consistait principalement à préparer la troisième phase de l'union monétaire. Les missions confiées à la BCE par les dispositions du chapitre 2 du titre VII du traité sont en revanche bien plus larges, et la référence aux «domaines» de compétence de la BCE à l'article 105, paragraphe 4, CE doit, à notre avis, être comprise comme étant le reflet de cette situation.

140. L'interprétation que nous avons suggérée est également compatible avec l'objectif de l'article 105, paragraphe 4, CE. La consultation prévue par cette disposition a pour but, à notre sens, 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 [107]. Ainsi la participation de la BCE prévue par l'article 105, paragraphe 4, CE vise à renforcer la qualité de la législation communautaire au profit de l'administration de l'Europe tout entière; elle n'a pas pour but de protéger les intérêts de la BCE ni de donner à la BCE un droit de veto sur les mesures qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur son organisation interne.

141. Puisqu'il est manifeste que le règlement n° 1073/1999 ne relève pas des domaines de compétence de la BCE tels que décrits aux articles 105 CE et 106 CE, nous concluons qu'il n'a pas été adopté en violation de l'article 105, paragraphe 4, CE.

105 — Commentaire sur l'article 106 B du projet de traité, point 4, sous iv).

106 — Alors que le traité sur l'Union économique et monétaire, présenté par la présidence luxembourgeoise du Conseil (*Europe Documents*, document n° 1722/1723, du 5 juillet 1991) ne prévoyait pas la consultation de la BCE, l'article 108, paragraphe 2, du projet de traité sur l'Union économique et monétaire présenté par la présidence néerlandaise du Conseil (*Europe Documents*, document n° 1740/1741, du 1er novembre 1991) exigeait que la BCE soit consultée sur les projets de dispositions législatives «dans le domaine monétaire, prudentiel ou financier». Pour une proposition similaire, voir l'article 4 du projet de statut du SEBC proposé par le conseil des gouverneurs, et le commentaire sur ce projet (*Europe Documents*, document n° 1669/1670, du 8 décembre 1990).

107 — Voir, dans le même sens, R. Smits, précité note 46, point 210.

142. Le fait que le Conseil ait consulté l'IME au sujet de la proposition de règlement n° 1197/98 ne change rien à cette conclusion. Le Conseil est en droit de consulter des institutions et organismes de la Communauté même lorsqu'il n'a pas l'obligation de le faire [108]. Sa décision de consulter l'IME ne présente donc pas d'intérêt pour la définition de la portée de l'article 105, paragraphe 4, CE. D'ailleurs, la BCE a eu raison, à notre avis, de ne pas prétendre que la consultation qui a eu lieu a créé une confiance légitime l'autorisant à penser qu'elle serait consultée sur les autres mesures relatives à son organisation interne et aux conditions d'emploi de son personnel.

143. Cette conclusion n'est pas non plus contredite par la décision 93/717/CEE du Conseil [109], qui a précisé les cas dans lesquels les autorités des États membres devaient consulter l'IME en vertu de l'article 117, paragraphe 6, CE sur les projets de dispositions législatives dans le domaine relevant de sa compétence [110]. L'article 1er de cette décision prévoyait que la consultation devait avoir lieu en particulier à propos de i) la législation monétaire, le statut de l'écu et les moyens de paiement, ii) les statuts et les compétences des banques centrales nationales ainsi que les instruments de la politique monétaire, iii) la collecte, l'établissement et la diffusion de statistiques monétaires, financières bancaires et de balance des paiements, iv) les systèmes de compensation et de paiement, notamment pour les opérations transfrontalières, et v) les règles applicables aux établissements financiers, dans la mesure où elles influencent la stabilité des établissements et marchés financiers. À notre avis, on ne peut pas déduire de la référence à la législation concernant les «statuts et les compétences des banques centrales nationales» que la législation concernant les enquêtes en matière de fraude et autres irrégularités commises par les membres et le personnel des banques centrales relève du «domaine de compétence» de l'IME, ni, par analogie, des «domaines de compétence» de la BCE.

144. Enfin, on pourrait penser que le législateur communautaire est obligé, en conséquence de l'indépendance de la BCE affirmée à l'article 108 CE et du principe d'équilibre institutionnel, de consulter la BCE sur les mesures susceptibles d'avoir une incidence importante sur son organisation interne. Cependant, si un tel principe général existait, le législateur ne serait pas, à notre avis, tenu d'engager des consultations formelles; il serait seulement obligé d'associer la BCE, en lui offrant la possibilité d'exprimer son point de vue en temps utile avant l'adoption des mesures concernées. Puisque — selon les explications des parties — la BCE a participé aux réunions sur la création de l'OLAF qui se sont tenues au sein des groupes de travail du Conseil, et réunions du Coreper et du Conseil, elle a eu la possibilité suffisante d'exprimer ses préoccupations.

108 — Voir, par analogie, arrêt du 27 septembre 1988, Commission/Conseil (165/87, Rec. p. 5545, point 20).

109 — Décision du 22 novembre 1993, relative à la consultation de l'Institut monétaire européen par les autorités des États membres au sujet de projets de réglementation (JO L 332, p. 14).

110 — Cette décision a été adoptée en application de l'article 117, paragraphe 6, CE, qui dispose que «[d]ans les limites et selon les conditions fixées par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et de l'IME, celui-ci est consulté par les autorités des États membres sur tout projet de disposition réglementaire dans le domaine relevant de sa compétence».

Sur l'indépendance

145. La BCE affirme que le règlement n° 1073/1999 — s'il doit être interprété comme s'appliquant à elle — est contraire au principe de l'indépendance de la banque centrale, inscrit à l'article 108 CE.

146. 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. En vertu des articles 12, paragraphe 3, et 36, paragraphe 1, des statuts, la BCE est compétente pour arrêter un règlement intérieur déterminant son organisation interne ainsi que le régime applicable à son personnel. Ces pouvoirs doivent être exercés de manière indépendante. En outre, citant le rapport sur la convergence établi par l'IME en 1998 [111], dans lequel l'IME a donné aux États membres des lignes directrices et enregistré les progrès du processus d'adaptation des lois nationales exigé pour entrer dans l'union monétaire, la BCE fait valoir que, pour pouvoir être exercés de manière indépendante au sens de l'article 108 CE, ses pouvoirs doivent être préservés de «toute source d'influence externe» [112]. Or, l'existence même des pouvoirs de l'OLAF, tels que résultant du règlement n° 1073/1999, pourrait être considérée comme une source d'influence externe, puisque la menace d'exercice de ces pouvoirs est susceptible de faire pression sur les membres du directoire et du conseil des gouverneurs. Si la BCE admet que le risque que les pouvoirs de l'OLAF soient utilisés de cette manière est minime, elle souligne que l'indépendance de la BCE est une question de forme, ou d'apparence mais aussi de fond. Les opérateurs économiques, qui peuvent ne pas être familiarisés avec la structure institutionnelle de l'OLAF, peuvent craindre que la Commission ne se voie accorder la possibilité d'influencer la BCE en exerçant les pouvoirs étendus de l'OLAF qui, selon la BCE, s'apparentent à ceux d'une enquête pénale. Ainsi, l'application du règlement n° 1073/1999 pourrait compromettre la confiance des marchés financiers dans la BCE et dans l'euro.

147. En réponse à ces arguments, la Commission fait valoir, principalement, 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. La BCE n'a, au demeurant, pas démontré en quoi le pouvoir de l'OLAF d'effectuer des enquêtes internes serait concrètement susceptible d'affecter ou de s'opposer à l'accomplissement de ces missions. À cet égard, la Commission note que le rôle de l'OLAF, tel que prévu par le règlement n° 1073/1999, est uniquement d'établir les faits susceptibles de constituer un cas de fraude, et que c'est à la BCE elle-même, ou le cas échéant aux autorités judiciaires nationales qu'il appartient de donner les

111 — Rapport sur la convergence, exigé par l'article 109 J du traité instituant la Communauté européenne, mars 1998.

112 — L'argument de la BCE est fondé, semble-t-il, sur la p. 292 du rapport où l'IME affirmait que «[t]he prohibition on instructions and attempts to influence covers all sources of external influence on the [national central banks] in relation to ESBC matters which prevent them from complying with the treaty and the statute».

suites appropriées. Ainsi l'OLAF n'est pas plus en mesure d'influencer le processus décisionnel de la BCE que ne l'est son propre système antifraude interne.

148. Afin de déterminer si l'application des dispositions du règlement n° 1073/1999 à la BCE serait contraire à son indépendance, il est nécessaire de tenir compte des caractéristiques essentielles de cette indépendance, telle que prévue par le traité et les statuts [113].

149. Rappelons qu'en vertu de l'article 108 CE, «[d]ans l'exercice des pouvoirs et dans l'accomplissement des missions et des devoirs qui leur ont été conférés par le [...] traité et les statuts du SEBC, ni la BCE, [...] ni un membre quelconque de leurs organes de décision ne peuvent solliciter ni accepter des instructions des institutions ou organes communautaires», et que «[l]es institutions et organes communautaires [...] s'engagent à respecter ce principe et à ne pas chercher à influencer les membres des organes de décision de la BCE [...] dans l'accomplissement de [ses] missions».

150. Cet article consacre, selon ses propres termes, le principe d'une banque centrale indépendante [114]. Comme le note la BCE elle-même, il est évident que l'indépendance ainsi affirmée n'est pas une fin en soi; elle sert un objectif précis. En mettant les organes de décision de la BCE à l'abri de la pression politique, le principe d'indépendance vise à 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 ainsi que l'exige l'article 105, paragraphe 1, CE [115].

151. Si les conséquences du principe d'indépendance sont dans une certaine mesure expliquées dans les statuts, il peut s'avérer nécessaire, comme le montre la présente affaire, que la Cour de justice les formule de façon plus complète. Le principe peut, comme le souligne la BCE, se diviser en aspects institutionnel, personnel et financier [116].

152. La BCE jouit d'une indépendance institutionnelle puisqu'elle a été dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de la Communauté [117] et n'a pas d'instructions à demander à ou recevoir

113 — Les commentaires qui suivent se concentreront sur l'indépendance de la BCE vis-à-vis des institutions et organismes de la Communauté. Pour de plus amples informations, et discussion de l'indépendance de la BCE vis-à-vis des autorités des États membres, voir R. Smits, précité note 46, p. 161 à 178.

114 — Voir F. Amtenbrink et J. de Haan, précités note 47, p. 70.

115 — L'indépendance de la banque centrale est censée servir les objectifs de la politique économique, réduire notablement l'inflation et peut-être promouvoir la croissance économique. Pour une vue d'ensemble des justifications empiriques, pas totalement concluantes, voir Amtenbrink F., *The Democratic Accountability of Central Banks* (1999), p. 11 à 17 et 23 à 26.

116 — La terminologie employée ici est conforme à ce que proposaient, par exemple, Louis J. V., *Vers un système européen de banques centrales* (1989), p. 25 à 28, et R. Smits, précité note 46, p. 155 à 158. Pour une classification comparable, quoique légèrement différente, et d'autres références, voir F. Amtenbrink, précité, p. 18 à 22.

117 — Article 107, paragraphe 2, CE et article 9, paragraphe 1, des statuts.

de quelque autre institution ou organisme communautaire que ce soit dans l'accomplissement de ses missions [118]. Les institutions, organes et organismes de la Communauté — à l'exception notable de la Cour de justice — n'ont pas le pouvoir d'approuver, de suspendre, d'annuler ou de faire respecter les décisions de la BCE, pas plus que les institutions ne sont en droit de prendre part au vote lors des réunions du directoire et du conseil des gouverneurs [119]. De plus, le traité a habilité la BCE à adopter les règlements, décisions, recommandations et avis considérés comme nécessaires pour l'accomplissement de certaines missions [120], et, comme nous l'avons déjà dit, à arrêter les règles internes régissant son organisation interne ainsi que le régime applicable à son personnel [121].

153. Les règles régissant la nomination, les conditions de révocabilité et les activités externes des membres du directoire et du conseil des gouverneurs accordent à la BCE une grande marge d'indépendance personnelle. Ainsi le président et les membres du directoire sont-ils nommés (d'un commun accord entre les États membres) pour une durée non renouvelable de huit années [122]. Les statuts cherchent aussi à assurer l'indépendance du conseil des gouverneurs — qui se compose des directoires et gouverneurs des banques centrales nationales [123] — en prévoyant que les gouverneurs doivent être désignés (par les autorités nationales compétentes) pour une durée qui ne peut être inférieure à cinq ans [124]. La sécurité de l'emploi est assurée puisqu'un membre du directoire ne peut être démis d'office de ses fonctions (par la Cour de justice, à la demande du conseil des gouverneurs ou du directoire) que s'il ne remplit plus les conditions nécessaires à l'exercice de ses fonctions ou s'il a commis une faute grave [125]. Des conditions tout aussi strictes s'appliquent dans le cas où les autorités d'un État membre entendent relever de ses fonctions un gouverneur de banque centrale et un membre du conseil des gouverneurs [126]. De plus, les membres du directoire doivent assurer leurs fonctions à temps plein, et ne peuvent en principe exercer une autre profession [127].

154. Du point de vue financier, la BCE est également indépendante. Elle dispose de son propre budget, qui est établi par le directoire conformément aux principes déterminés par le conseil des gouverneurs, et est dotée d'actifs propres par les banques centrales nationales [128]. En outre, les comptes de la BCE sont vérifiés par des commissaires aux comptes indépendants et externes, désignés par la BCE [129]; la compétence de la Cour des comptes se limite à l'examen de l'efficience de la gestion de la BCE [130].

118 — Article 108 CE.
119 — Article 113, paragraphe 1, CE.
120 — Article 110 CE.
121 — Articles 12, paragraphe 3, et 36, paragraphe 1, des statuts.
122 — Article 112, paragraphe 2, sous b), CE et article 12, paragraphe 2, des statuts.
123 — Article 112, paragraphe 1, CE.
124 — Premier alinéa de l'article 14, paragraphe 2, des statuts.
125 — Article 11, paragraphe 4, des statuts.
126 — Article 14, paragraphe 2, deuxième alinéa, des statuts.
127 — Article 11, paragraphe 1, deuxième alinéa, des statuts.
128 — Voir point 113 ci-dessus.
129 — Article 27, paragraphe 1, des statuts.
130 — Article 248 CE et article 27, paragraphe 2, des statuts.

155. Il résulte clairement de ce bref rappel que le traité et les statuts confèrent à la BCE un haut degré d'indépendance équivalent, voire même supérieur [131], à celui dont jouissaient les banques centrales nationales avant la réforme entreprise au niveau national pour se conformer aux conditions d'entrée dans l'Union monétaire [132]. Cependant, le principe de l'indépendance n'implique pas une séparation totale ni une absence complète de coopération avec les institutions, organes et organismes de la Communauté. 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 [133].

156. Ainsi le traité prévoit que le président du Conseil et un membre de la Commission participent sans voix délibérative aux réunions du conseil des gouverneurs de la BCE [134], et du conseil général [135]. S'ils n'ont pas le droit de vote, il est cependant clair que leur statut ne se limite pas à celui de simples observateurs. Ils ont probablement 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 [136], et le président du Conseil peut soumettre une motion à la délibération du conseil des gouverneurs [137]. Qui plus est, le traité prévoit des mécanismes permettant au Parlement européen d'exercer une certaine influence sur la prise de décisions au sein de la BCE. Le Parlement doit être consulté à propos de la nomination des membres du directoire [138]. Le président de la BCE doit présenter un rapport annuel sur les activités du SEBC et sur la politique monétaire de l'année précédente et de l'année en cours au Parlement européen, qui peut tenir un débat général sur cette base [139]. Et les commissions compétentes du Parlement peuvent entendre le président de la BCE et les autres membres du directoire [140].

157. Enfin, comme le rappelle la Commission, le Conseil et le Parlement [141], peuvent i) modifier certaines dispositions des statuts [142], ii) adopter des règles complémentaires en ce qui concerne les tâches de la BCE [143]; iii) confier à la BCE des missions spécifiques en matière de contrôle prudentiel [144]; iv) conclure des accords internatio-

131 — Voir Foresti M., «The independance of the European Central Bank: the Maastricht Treaty in the light of the theory of 'Central Bank Independance'», dans Beretta S., (éd.) *Verso il completamento dell'integrazione europea: aspetti reali e finanziari* (1996), p. 13; Begg I., et Green D., «The political economy of the European Central Bank», dans Arestis P., et Sawyer M., (éd.), *The Political Economy of Central Banking* (1998), p. 122; Sobbrio G., «The role of the European Central Bank: independance, control, regulations and European institutions», *Rivista di diritto fianziario e scienza delle finanze* (2001), p. 335 et 349.

132 — Ces conditions se trouvent énoncées, notamment, aux articles 109 CE et 14 des statuts.

133 — Voir dans le même sens Louis J. V., «A legal and institutional approach for building a monetary union», *Common Market Law Review*, 1998, p. 33 et 44.

134 — Article 113, paragraphe 1, premier alinéa, CE.

135 — Article 46, paragraphe 2, des statuts.

136 — Voir également R. Smits, précité note 46, p. 171 à 173.

137 — Article 113, paragraphe 1, deuxième alinéa, CE.

138 — Article 112, paragraphe 2, sous b), CE.

139 — Article 113, paragraphe 3, premier alinéa, CE.

140 — Article 113, paragraphe 3, deuxième alinéa, CE.

141 — L'avis conforme du Parlement européen est requis i) dans le cadre de la procédure de modification des statuts prévue à l'article 107, paragraphe 5, CE et à l'article 41, paragraphe 1, des statuts, et ii) pour attribuer des missions à la BCE dans le cadre du contrôle prudentiel prévu par l'article 105, paragraphe 6, CE.

142 — Ces modifications doivent être votées selon les procédures spéciales prévues à l'article 107, paragraphe 5, CE.

143 — Article 105, paragraphe 6, CE.

144 — Article 105, paragraphe 6, CE.

naux dans le domaine de la politique monétaire [145], et v) déléguer des pouvoirs à la BCE — et en définir les modalités d'exercice [146].

158. Ces dispositions — qui instituent i) une certaine forme de responsabilité démocratique pour la BCE par rapport à l'accomplissement des missions que lui a confiées le traité [147] et ii) un certain degré de coopération entre les institutions communautaires responsables de la politique économique de la Communauté en vertu du chapitre 1 du titre VII et la BCE, qui est, elle, responsable de la politique monétaire de la Communauté — peuvent être opposées aux dispositions du traité qui indiquent clairement que la BCE est, comme les autres institutions, organes et organismes de la Communauté, soumise au principe de l'État de droit [148]. Ainsi la BCE est-elle soumise au contrôle juridictionnel de la Cour de justice des Communautés européennes et liée par le droit communautaire [149].

159. C'est à la lumière de ces commentaires que les arguments de la BCE doivent être appréciés. La BCE invoque, en substance, deux arguments. Elle prétend d'abord que les pouvoirs attribués à l'OLAF par le règlement n° 1073/1999 pourraient, en faisant pression sur les membres de ses organes dirigeants, compromettre *effectivement* la capacité de la BCE à s'acquitter de façon indépendante de ses tâches et à exercer les pouvoirs qui lui sont conférés par le traité. Puis elle affirme que les pouvoirs de l'OLAF résultant du règlement n° 1073/1999 pourraient être *perçus* comme de nature à compromettre la capacité de la BCE à agir de façon indépendante.

160. Nous ne sommes pas d'accord avec le premier argument. Comme le fait observer la Commission, la BCE n'a pas expliqué comment l'exercice par l'OLAF des pouvoirs qui lui sont attribués par le règlement n° 1073/1999 pourrait en pratique avoir une incidence sur le processus de prise de décision de la BCE. Et elle aurait été bien en peine, à notre avis, de l'expliquer.

161. Il est vrai, comme le remarque la BCE, que l'OLAF n'est pas un organisme entièrement distinct de la Commission; il a été créé par une décision [150] qui se fonde sur le pouvoir de la Commission d'adopter des mesures d'organisation interne [151], et le

145 — Article 111 CE.

146 — Article 110, paragraphes 1 et 3, CE.

147 — La question de savoir si cette obligation pour la BCE de rendre des comptes sur son activité, prévue par le traité, est suffisante ou non n'est pas en cause dans la présente affaire. Voir sur ce point Gormley L., et de Haan J., «The democratic deficit of the European Central Bank», *European Law Review* (1996), p. 95; F. Amtenbrink, précité note 117, en particulier p. 359 à 363, et de Haan J., et Eijfinger S., «The democratic accountability of the European Central Bank: a comment on two fairy-tales», *Journal of Common Market Studies* (2000), p. 393.

148 — Ce principe est consacré par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

149 — Articles 230 CE, 232 CE, 234 CE, 237 CE, 241 CE et 235 CE lus ensemble avec l'article 288 CE, et articles 14, paragraphe 2, 35 et 36 des statuts.

150 — Décision 1999/352.

151 — Articles 218 CE, 16 CECA et 13 EA. L'article 6, paragraphe 4, de la décision 1999/352 prévoit ainsi que «[l]es décisions de la Commission relatives à son organisation interne sont applicables à l'Office dans la mesure où elles sont compatibles avec les dispositions arrêtées par le législateur communautaire relatives à l'Office, avec la présente décision et avec les modalités d'application de celle-ci».

préambule du règlement n° 1073/1999 qualifie l'OLAF d'entité «institué[e] en son sein», parmi ses services. [152] Il résulte cependant clairement des dispositions de la décision 1999/352 et du règlement n° 1073/1999 que l'OLAF n'est pas un service de la Commission comme les autres.

162. En vertu de l'article 3 de la décision 1999/352, l'OLAF «exerce [s]es compétences d'enquête [...] en toute indépendance». L'article 12, paragraphe 3, du règlement n° 1073/1999 indique plus précisément encore que «[l]e directeur ne sollicite ni n'accepte d'instructions d'aucun gouvernement ni d'aucune institution, d'aucun organe ni organisme, dans l'accomplissement de ses devoirs relatifs à l'ouverture et à l'exécution des enquêtes externes et internes et relatifs à l'établissement des rapports établis à la suite de celles-ci» [153].

163. Afin de rendre effective l'indépendance de l'OLAF, la décision 1999/352 prévoit notamment que l'OLAF doit être dirigé par un directeur [154] et que ses activités doivent être exercées sous le contrôle et avec l'aide d'un comité de surveillance [155]. Le directeur est seul responsable de la direction des enquêtes de l'OLAF [156] et agit en tant qu'autorité investie du pouvoir de nomination vis-à-vis de son personnel [157]. Si le directeur est nommé par la Commission, pour une durée de cinq ans, sa nomination est soumise à l'approbation du comité de surveillance et le Parlement européen et le Conseil doivent être consultés [158]. La Commission ne peut prononcer des sanctions disciplinaires contre le directeur que par décision motivée, après avoir consulté le comité de surveillance [159]. Le comité de surveillance est composé de cinq personnalités extérieures indépendantes, réunissant les conditions d'exercice dans leurs pays respectifs de hautes fonctions en rapport avec les domaines d'activité de l'OLAF [160], nommées pour une période de trois ans [161], d'un commun accord, par le Parlement, le Conseil et la Commission [162].

164. Conformément au statut d'indépendance accordé à l'OLAF par la décision 1999/352 et par le règlement n° 1073/1999, c'est au directeur seul qu'il appartient de décider s'il y a lieu d'ouvrir une enquête interne, au cas par cas. Les enquêtes ne peuvent donc être ouvertes que par une décision du directeur agissant soit à la demande d'une institution, d'un organe ou

152 — Quatrième considérant.

153 — Voir aussi le dix-huitième considérant du règlement.

154 — Article 5, paragraphe 1, premier alinéa de la décision 1999/352 et article 12, paragraphe 1, du règlement n° 1073/1999.

155 — Article 4 de la décision 1999/352 et article 11 du règlement n° 1073/1999. Pour une description plus précise des activités du comité de surveillance, voir rapport du comité de surveillance de l'OLAF, juillet 2000-septembre 2001, 11 octobre 2001.

156 — Article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa, de la décision 1999/352 et article 16, paragraphe 1, du règlement n° 1073/1999.

157 — Article 6, paragraphe 1, de la décision 1999/352.

158 — Article 5, paragraphe 1, premier alinéa, de la décision 1999/352 et article 12, paragraphe 2, du règlement n° 1073/1999. Le mandat peut être renouvelé une fois.

159 — Article 12, paragraphe 4, du règlement n° 1073/1999.

160 — Article 11, paragraphe 2, du règlement n° 1073/1999.

161 — Article 11, paragraphe 3, du règlement n° 1073/1999.

162 — Article 11, paragraphe 2, du règlement n° 1073/1999.

d'un organisme, soit de sa propre initiative [163]. Dans ce contexte, si le directeur estime qu'une mesure prise par la Commission met en cause son indépendance, il dispose d'un recours contre elle devant la Cour de justice [164].

165. Ces dispositifs institutionnels et légaux garantissent à l'OLAF un degré élevé d'indépendance fonctionnelle bien qu'il soit intégré dans les structures administratives et budgétaires de la Commission. Il existe par conséquent, à notre avis, très peu de risques, voire aucun, que l'OLAF puisse être utilisé par la Commission, ou par quelque autre institution, organe ou organisme, en tant qu'instrument pour exercer une pression politique sur les membres des organes dirigeants de la BCE.

166. Ce point de vue est conforté, comme le note le Conseil, par le fait que l'OLAF n'exerce pas un contrôle continu sur la gestion financière de la BCE; il agit seulement dans les cas où il existe, exceptionnellement, des motifs de suspecter que des fraudes ou autres irrégularités au sens du règlement n° 1073/1999 ont été commises. Et même alors, l'OLAF n'a pas le pouvoir d'engager une procédure disciplinaire ou judiciaire lorsqu'une enquête interne révèle l'existence de fraudes ou d'autres irrégularités. Les fonctions essentielles de l'OLAF sont, comme le rappelle la Commission, i) d'enquêter sur les suspicions de fraude et d'irrégularités, notamment en analysant les informations qui lui sont transmises par les institutions, organismes et particuliers [165], en effectuant des vérifications sur place [166], en contrôlant les comptes ou les documents [167], en demandant des informations orales aux membres et dirigeants des institutions et organismes de la Communauté [168]; ii) d'établir des rapports précisant les faits constatés, le cas échéant le préjudice financier, et les conclusions de l'enquête, y compris les recommandations du directeur de l'OLAF sur les suites qu'il convient de donner; et iii) de transmettre ces rapports et tout document utile y afférent à l'institution, à l'organe ou à l'organisme concerné [169] et — pour les faits susceptibles de poursuites pénales — aux autorités judiciaires des États membres [170]. Ainsi, c'est à la BCE qu'il incombe de «donne[r] aux enquêtes internes les suites, notamment disciplinaires et judiciaires, que leurs résultats appellent et [d']informe[r] le directeur de l'Office, dans un délai que celui-ci aura fixé dans les conclusions de son rapport, des suites données aux enquêtes» [171].

167. En outre, comme le font observer la Commission et le gouvernement néerlandais, la BCE pourrait, dans la décision

163 — Article 5 du règlement n° 1073/1999. Voir également le douzième considérant du règlement, qui énonce que, «afin d'assurer l'indépendance de l'Office dans l'exécution des tâches confiées par le présent règlement, il convient de donner à son directeur la compétence d'ouvrir une enquête de sa propre initiative».

164 — Article 12, paragraphe 3, du règlement n° 1073/1999.

165 — En vertu de l'article 7 du règlement n° 1073/1999, les institutions, organes et organismes communiquent sans délai à l'OLAF toute information relative à d'éventuels cas de fraude ou de corruption, ou à toute autre activité illégale.

166 — Article 4, paragraphes 2 et 6, du règlement n° 1073/1999.

167 — Article 4, paragraphe 2, du règlement n° 1073/1999.

168 — Article 4, paragraphe 2, du règlement n° 1073/1999.

169 — Article 9, paragraphe 4, du règlement n° 1073/1999.

170 — Article 10, paragraphe 2, du règlement n° 1073/1999.

171 — Article 9, paragraphe 4, du règlement n° 1073/1999.

d'exécution à adopter en vertu de l'article 4, paragraphes 1 et 6, du règlement n° 1073/1999, exclure l'accès à des informations qui présentent une importance particulière pour sa capacité d'accomplir ses tâches de façon indépendante, dans l'objectif d'assurer la stabilité des prix [172]. Dans ce contexte, on peut noter que, si la Commission, le Conseil et le Parlement ont adopté des décisions en application de l'article 4 sans prévoir de telles exceptions [173], la Cour de justice a, sans adhérer à l'accord interinstitutionnel, adopté une décision [174] qui — compte tenu de ses missions, de son indépendance et du secret de ses délibérations [175] tels que définis dans le traité et les statuts de la Cour [176] — exclut du champ des enquêtes internes les documents et informations détenus ou créés dans le cadre d'une procédure judiciaire [177].

168. Qu'en est-il alors du deuxième argument de la BCE, selon lequel les pouvoirs conférés à l'OLAF par le règlement n° 1073/1999 pourraient être *perçus* comme portant atteinte à la capacité de la BCE d'agir en toute indépendance?

169. Cet argument ne nous convainc pas non plus.

170. Il est peut-être vrai que, comme l'affirme la BCE, les opérateurs économiques ne peuvent pas avoir une connaissance parfaite des dispositifs institutionnels qui garantissent à l'OLAF un degré élevé d'indépendance dans son fonctionnement par rapport à la Commission, et que certains opérateurs peuvent de ce fait supposer, à tort, que la Commission est en mesure d'exercer des pressions sur la BCE au travers d'enquêtes de l'OLAF, ou en menaçant de faire ouvrir des enquêtes par l'OLAF. Cependant, d'autres opérateurs peuvent se sentir rassurés de savoir que, même si elle est indépendante, la BCE est soumise au même système de contrôle externe, spécialisé et indépendant, pour ses agissements financiers, que les autres institutions, organes et organismes communautaires. En effet, il nous semble plutôt que la réputation de la BCE pourrait souffrir gravement si les accusations de fraude dirigées contre des membres de sa direction ou de son personnel ne pouvaient être écartées grâce à une enquête effectuée par un organisme extérieur à la BCE elle-même.

171. En outre, le traité et les statuts accordent à la BCE un degré élevé d'indépen-

172 — Voir ci-après, point 186.

173 — Décision 1999/396/CE, CECA, Euratom de la Commission, du 2 juin 1999, relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés (JO L 149, p 57); décision 1999/394/CE, Euratom du Conseil, du 25 mai 1999, relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés (JO L 149, p. 36), et décision du Parlement européen, du 18 novembre 1999, modifiant les règles de procédure à la suite de l'accord interinstitutionnel et, y annexée, décision du Parlement européen relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés (JO 1999, L 202, p. 1).

174 — Décision de la Cour de justice du 26 octobre 1999 relative aux conditions et modalités des enquêtes internes en matière de lutte contre la fraude, la corruption et toute activité illégale préjudiciable aux intérêts des Communautés. Cette décision n'existe qu'en français et n'a pas été publiée au Journal officiel.

175 — Cinquième, sixième et septième considérants du préambule de la décision.

176 — Protocole sur le statut de la Cour de justice, signé à Bruxelles le 17 avril 1957, modifié en dernier lieu par l'article 6, III, point 3, sous c), du traité d'Amsterdam.

177 — Article 3 de la décision.

dance institutionnelle, personnelle et financière [178]. Dans ce cadre constitutionnel — dont les caractéristiques dominantes sont certainement connues des opérateurs économiques — l'effet de l'application du règlement n° 1073/1999 sur la perception de l'indépendance de la BCE serait, en tout état de cause, limité. Et ce, à notre avis, même si la BCE, en tant qu'entité relativement nouvelle, ne jouit peut-être pas encore de la solide réputation établie de longue date de certaines banques centrales nationales.

172. Nous trouvons une confirmation de cette conclusion dans la doctrine spécialisée publiée sur la question de l'indépendance des banques centrales [179]. Les auteurs ne suggèrent pas que le fait de ne pas être soumis aux enquêtes, qu'elles soient effectuées par les autorités judiciaires nationales ou par des unités antifraude spécialisées, serait essentiel ou même pertinent pour déterminer le degré général d'indépendance d'une banque, ou sa capacité à maintenir la stabilité des prix.

173. L'argument selon lequel les pouvoirs de l'OLAF seraient susceptibles de mettre en cause la perception de l'indépendance de la BCE dans le public doit également, comme le souligne le Conseil, être apprécié au regard de la situation dans les États membres. S'il est vrai qu'il n'existe peut-être pas d'équivalent exact de l'OLAF dans les États membres, il ressort d'une analyse comparative que les banques centrales nationales sont soumises à un certain nombre de contrôles externes visant à détecter et à prévenir la fraude. Ainsi, les banques centrales nationales sont soumises dans tous les États membres au contrôle du procureur ou de la police nationale, qui ont des pouvoirs d'investigation plus étendus que ceux qui sont attribués à l'OLAF par le règlement n° 1073/1999 [180]. Le droit de la majorité des États membres prévoit aussi la création de commissions parlementaires ad hoc, dotées de pouvoirs d'enquête semblables à ceux que prévoit le règlement n° 1073/1999 [181], et confie à l'organisme de contrôle public la mission de vérifier les comptes des banques centrales nationales et d'enquêter en cas de soupçon de fraude [182]. Le Conseil ajoute avec raison que rien, dans le rapport sur la convergence, ne permet de penser que ces dispositions de droit national aient pour effet de porter atteinte à l'indépendance des banques centrales natio-

178 — Voir ci-dessus, points 148 à 158.

179 — Pour une vue d'ensemble et des références complémentaires, voir F. Amtenbrink, précité note 115, p. 11 à 26.

180 — Il semble que, dans la plupart des États membres, les enquêtes en matière de fraude relèvent de la compétence de la police ordinaire ou des services du magistrat du parquet. Cependant, dans certains États, cette tâche est confiée à un service spécialisé à l'intérieur des services judiciaires ou de police. Dans d'autres États membres, un organisme externe au parquet et à la police exerce des fonctions très semblables à celles de la police dans le domaine de la fraude.

181 — Cela est vrai, au moins, du royaume de Belgique, du royaume de Danemark, de la république de Finlande, de la République Française, de la République fédérale d'Allemagne, de la République hellénique, de la République italienne, du royaume des Pays-Bas, de la République Portugaise, du royaume d'Espagne et du royaume de Suède.

182 — Cela vaut, au moins, pour la république d'Autriche, la république de Finlande, la République Française, la République fédérale d'Allemagne, l'Irlande, le royaume des Pays-Bas, le royaume d'Espagne et (à l'exception des tâches intéressant les missions du SEBC) la République portugaise. Dans les États qui n'ont pas prévu de contrôle par un organisme de contrôle public, les comptes de la banque centrale sont généralement vérifiés par des commissaires aux comptes externes et indépendants. C'est le cas au Danemark, en Irlande, au Luxembourg, au Portugal et au Royaume-Uni.

nales, telle que prévue par l'article 108 CE [183]. Et rien ne prouve non plus que les enquêtes effectuées dans les banques centrales par des organismes externes aient fait ombrage à leur réputation sur les marchés financiers ou à leur capacité de mise en œuvre d'une politique monétaire effective visant à assurer la stabilité des prix.

174. Enfin, nous ne pourrions accepter l'argument de la BCE même si elle avait démontré, ou avait pu démontrer, que l'application du règlement n° 1073/1999 diminue la confiance du marché dans la BCE dans une certaine mesure. Comme nous l'avons vu, la BCE est soumise au principe de l'État de droit. Elle doit donc non seulement chercher à réaliser la stabilité des prix et contribuer aux objectifs de la Communauté ainsi que définis à l'article 105 CE, mais aussi gérer ses affaires de façon légale et sans fraude au préjudice des intérêts financiers de la Communauté. L'application du règlement n° 1073/1999 à la BCE vise à assister la BCE dans ses efforts — et le fera, à notre avis — pour assurer que cette obligation est bien respectée et est perçue comme telle.

175. Nous concluons par conséquent au rejet de l'argument de la BCE, selon lequel l'application à la BCE du règlement n° 1073/1999 serait contraire au principe d'indépendance affirmé à l'article 108 CE.

183 — Voir rapport IME «Progress towards Convergence 1996», novembre 1996, p. 110 à 104; Rapport Convergence IME 1998, cité note 111, p. 12 et 13 et 291 à 295; Rapport convergence IME 2000, p. 65, 69 à 72; Rapport IME convergence 2202, p. 40 et 44 à 46. Ces rapports peuvent être consultés à l'adresse suivante: http://www.ecb.int.

Sur la proportionnalité

176. Cela nous amène au dernier grief d'invalidité soulevé par la BCE dans la présente affaire. Elle soutient que le règlement n° 1073/1999 méconnaît le principe de proportionnalité dans la mesure où il s'applique à la BCE.

177. Tout d'abord, l'application du règlement n° 1073/1999 à la BCE est inutile puisque celle-ci fait déjà l'objet de contrôles financiers adaptés, au niveau interne par la D-IA et le comité antifraude, et au niveau externe par des commissaires aux comptes indépendants nommés en vertu de l'article 27 des statuts. Si le législateur communautaire avait estimé que d'autres mesures étaient nécessaires, il aurait pu confier aux auditeurs externes la mission de détecter les fraudes et d'enquêter au sein de la BCE.

178. Ensuite, la BCE estime que le système prévu par le règlement n° 1073/1999 n'est pas adapté à la nature spécifique de ses activités. La majorité des tâches de la BCE sont extrêmement sensibles et sont donc soumises à de strictes conditions de confidentialité. Étant donné le risque de fuite d'informations obtenues par l'OLAF au cours d'enquêtes internes, la BCE se verrait contrainte d'exclure du champ des enquêtes de l'OLAF toutes les informations liées à l'exécution de ses missions fondamentales telles qu'énumérées à l'article 105, para-

graphe 2, CE, dans le cadre d'une décision adoptée en application de l'article 4, paragraphes 1 et 6, du règlement. L'OLAF ne jouerait alors qu'un rôle marginal et son accès limité à l'information pourrait même le conduire à des conclusions erronées.

179. En troisième lieu, le règlement n° 1073/1999 est également mal adapté à la nature décentralisée du SEBC. Les enquêtes internes sur les activités de la BCE devraient, selon elle, souvent faire apparaître la nécessité d'enquêter dans une ou plusieurs banques centrales nationales. Or l'OLAF n'est pas compétent pour effectuer de telles investigations.

180. En réponse à ces arguments, la Commission rappelle que le législateur communautaire a jugé nécessaire, afin de renforcer la lutte contre la fraude, de créer un service unique, indépendant et spécialisé pour tous les institutions, organes et organismes de la Communauté. Le fait que, ce faisant, le législateur n'ait pas tenu compte de l'existence des divers contrôles internes et externes pour chaque institution, organe ou organisme ne saurait être considéré comme contraire au principe de proportionnalité. L'existence de ces divers contrôles affectera certainement la manière dont les enquêtes internes sont effectuées en pratique, mais ne représente pas un argument de nature à exclure entièrement l'application du règlement n° 1073/1999.

181. Selon la Commission, la nature spécifique des tâches confiées à la BCE ne rend pas non plus l'application du règlement n° 1073/1999 excessive. La nature des tâches de la BCE et le besoin de confidentialité qui s'y attache sont des questions qui peuvent et doivent être résolues dans le cadre de la décision que la BCE doit adopter en application de l'article 4, paragraphes 1 et 6, du règlement. Et le fonctionnement décentralisé de la BCE ne constitue pas non plus un argument de nature à rendre convaincante la thèse de la BCE. L'absence de pouvoir d'enquête de l'OLAF dans les banques centrales nationales est sans incidence sur son pouvoir d'enquête au sein de la BCE elle-même, et, au besoin, les investigations dans les banques centrales nationales peuvent, en toute hypothèse, être effectuées par les autorités nationales en coopération avec l'OLAF.

182. Nous ne pouvons retenir les arguments de la BCE.

183. Il n'appartient pas à la Cour de justice de substituer son appréciation à celle du législateur communautaire à l'occasion du contrôle de la légalité d'actes de nature générale. La Cour n'acceptera d'annuler de tels actes que s'il est clairement établi qu'ils sont, en totalité ou sous certains aspects, disproportionnés. Le problème qui se pose dans cette affaire n'est donc pas de savoir si les différents contrôles internes auxquels est soumise la BCE sont appropriés, mais plutôt si, en prévoyant un système général de contrôle externe et indépendant, et en accordant à l'OLAF certains pouvoirs d'enquête, le législateur est manifestement allé au-delà de ce qui est nécessaire pour combattre la fraude.

184. L'application du règlement n° 1073/1999 à la BCE n'est pas, à notre avis, manifestement inutile. Si le dispositif antifraude interne à la BCE qui est créé par la décision attaquée peut fournir certains garde-fous contre la fraude et autres irrégularités, le législateur a pu, à notre sens, estimer qu'un contrôle par un organisme externe et indépendant serait plus efficace et, ce qui est peut-être plus important, serait perçu comme tel. De plus, le règlement n° 1073/1999 a été adopté avant la décision attaquée. Les améliorations que cette décision apporte au dispositif antifraude de la BCE (par exemple la création du comité antifraude) ne peuvent donc pas, en tout état de cause, rendre le règlement disproportionné. On ne saurait objecter à cela que les auditeurs externes nommés en vertu de l'article 27 des statuts ont le pouvoir d'examiner et de certifier les comptes de la BCE, puisque la mission des auditeurs diffère fondamentalement par sa nature de la mission et des contrôles qui sont confiés à l'OLAF.

185. Pour ce qui est de la nature spécifique des missions confiées à la BCE, nous sommes d'accord avec la Commission pour affirmer qu'il s'agit là de questions qui doivent être résolues à l'issue d'un dialogue constructif entre les parties, conformément au principe de coopération loyale [184], dans la décision qui devra être adoptée par la BCE en vertu de l'article 4, paragraphes 1 et 6, du règlement n° 1073/1999.

186. L'argument de la BCE selon lequel la plupart, si ce n'est la totalité, de ses activités devraient être exclues du champ des enquêtes internes dans le cadre d'une telle décision, afin de préserver la confidentialité, n'est pas convaincant. S'il est vrai que les informations relatives à la fixation par la BCE des taux de change et des éléments de sécurité des billets d'euros doivent être gardées secrètes, les informations concernant les autres aspects des activités de la BCE peuvent être considérées comme moins sensibles. En tout cas, cela ne permettrait pas d'exclure des enquêtes internes les informations relatives aux activités de la BCE qui ne sont pas directement liées aux missions énumérées aux articles 105 CE et 106 CE, comme les décisions en matière d'attribution des marchés publics de fournitures et de services. Le soi-disant besoin d'exclusions doit, en outre, être apprécié au regard de l'article 8 du règlement n° 1073/1999 qui dispose que «[l]es informations communiquées ou obtenues dans le cadre des enquêtes internes, sous quelque forme que ce soit, sont couvertes par le secret professionnel et bénéficient de la protection accordée par les dispositions applicables aux institutions des Communautés européennes. Ces informations ne peuvent notamment être communiquées à des personnes autres que celles qui, au sein des institutions des Communautés européennes ou des États membres sont, par leurs fonctions, appelées à les connaître ni être utilisées à des fins différentes de la lutte contre la fraude, contre la corruption et contre toute autre

184 — Article 10 CE.

activité illégale» [185] et qui oblige le directeur de l'OLAF et les membres du comité de surveillance à veiller au respect de l'article 287 CE [186].

187. De plus, si l'incapacité de l'OLAF à exécuter des enquêtes dans les banques centrales nationales en son propre nom réduit l'efficacité du règlement n° 1073/1999 dans une certaine mesure, la BCE n'a pas fourni d'explications précises au soutien de son affirmation selon laquelle l'OLAF serait, du fait de cette limite apportée à ses pouvoirs, incapable de s'acquitter de ses tâches à l'égard de la BCE elle-même.

188. Enfin, il y a lieu de rappeler que la Commission avait proposé à l'origine de créer l'OLAF au moyen d'un règlement communautaire et de définir en détail les modalités de conduite des enquêtes internes dans tous les institutions, organes et organismes de la Communauté [187]. Contrairement à cette proposition, le règlement n° 1073/1999 ne fixe que les règles générales de procédure et les modalités générales des enquêtes internes et prévoit l'adoption de dispositifs plus détaillés dans des décisions prises en vertu de l'article 4, paragraphes 1 et 6. Nous partageons l'avis du Conseil: ce système — qui permet de tenir compte de la particularité des missions et situations de chaque institution, organe ou organisme — préserve un juste équilibre entre les exigences de l'autonomie fonctionnelle des institutions, et l'efficacité de la prévention de la fraude [188].

189. Nous en concluons que le règlement n° 1073/1999 n'est pas contraire au principe de proportionnalité pour ce qui est de son application à la BCE.

Sur la recevabilité au regard de l'article 241 CE

190. Rappelons que la Commission conteste la recevabilité de l'argument de la BCE selon lequel le règlement n° 1073/1999 devrait être déclaré inapplicable en vertu de l'article 241 CE (l'«exception d'illégalité»), et soutient que la BCE n'est pas recevable à se prévaloir d'une telle exception [189]. Les parties et intervenants n'ont pas présenté d'observations détaillées sur cette question. Compte tenu de la conclusion à laquelle nous sommes parvenu lors de l'examen au fond des quatre principaux griefs invoqués par la BCE dans le cadre de cette exception, nous ne traiterons que brièvement de la question de la recevabilité, sans exprimer

185 — Article 8, paragraphe 2.

186 — Article 8, paragraphe 4. L'article 287 CE est cité ci-dessus au point 14.

187 — Voir ci-dessus, point 7 et note 10.

188 — Voir également à cet égard le quatrième considérant du règlement n° 1073/1999.

189 — Voir ci-dessus, points 98 à 100.

d'avis définitif [190]. La question est délicate et il existe à peu près autant d'arguments pour que contre.

191. L'idée qu'une institution ou un organisme puisse invoquer la nullité d'un règlement en tant que moyen de défense dans le cadre d'un recours visant à l'annulation d'une mesure qu'il a lui-même adoptée en violation dudit règlement trouve un appui, ainsi que le souligne la BCE, dans le texte de l'article 241 CE, qui dispose que «toute partie» peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause «un règlement» «invoquer devant la Cour de justice [son] inapplicabilité» et il pourrait sembler contraire au principe de légalité que, confrontée à un règlement dont l'institution ou l'organisme défendeur invoque l'illégalité à certains égards, la Cour juge que l'institution ou l'organisme en cause a agi en violation du droit ou manqué à ses obligations, sans examiner les arguments soulevés, et se contente d'indiquer qu'ils auraient pu être invoqués dans le cadre d'un recours en annulation. En outre, si la Cour de justice n'a jamais expressément jugé qu'un État membre pouvait se prévaloir de l'illégalité d'un règlement en tant que moyen de défense dans un recours en manquement introduit sur la base de l'article 226 CE, elle n'a jamais non plus exclu cette possibilité, et certains arrêts peuvent être compris comme admettant implicitement une telle possibilité [191]; si réellement les États membres ont cette possibilité, on peut soutenir que les institutions et organismes de la Communauté doivent se voir accorder le même traitement dans le cadre des recours en annulation introduits sur la base de l'article 230 CE.

192. Tous ces arguments doivent cependant être appréciés au regard d'importantes considérations de principe. Le délai d'introduction du recours prévu à l'article 230, cinquième alinéa, CE vise à garantir la sécurité juridique au sein de la Communauté. Interpréter l'article 241 CE comme ouvrant une possibilité supplémentaire de contrôle juridictionnel aux requérants qui auraient pu introduire un recours en annulation parce qu'ils en avaient le droit, mais ne l'ont pas fait, pourrait aller à l'encontre de cet objectif et encourager les tactiques dilatoires. Rappelons que la Cour a jugé

190 — Selon la jurisprudence, c'est à la Cour qu'il appartient de décider si, dans les circonstances de l'affaire, la bonne administration de la justice exige que le recours soit rejeté sur le fond sans qu'elle se prononce sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission: voir arrêt du 26 février 2002, Conseil/Boehringer (C-23/00 P, Rec. p. I-1873).

191 — Voir, sur cette question, les conclusions de l'avocat général Darmon dans l'affaire Commission/Espagne (arrêt du 25 juillet 1991, Rec. p. I-3977, points 15 à 21). Voir également, en faveur de cette thèse, les conclusions de l'avocat général Roemer dans l'affaire Italie/Conseil et Commission (arrêt du 13 juillet 1966, 32/95, Rec. p. 563); de l'avocat général Slynn dans l'affaire France/Commission (arrêt du 12 février 1987, 181/85, Rec. p. 689, 702 à 704); de l'avocat général Mancini dans l'affaire Grèce/Conseil (arrêt du 27 septembre 1988, 204/86, Rec. p. 5323, point 6); et Barav A., «The exception of illegality in Community Law: a critical analysis», *Common Market Law Review*, 1974, p. 366; Dubois P., «L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes», *Cahiers de droit européen*, 1978, p. 411; Schermers H., et Waelbroeck D., *Judicial Protection in the European Communitities* (5e éd., 1992), points 467 et 531, ainsi que Lenaerts K. & Arts D., *Procedural Law of the European Union* (1999), p. 223.

dans son arrêt TWD Textilwerke Deggendorf [192] qu'un particulier ne peut pas attaquer un acte sur la base de l'article 234 CE si, alors qu'il ne fait pas de doute que le recours prévu par l'article 230, quatrième alinéa, CE lui était ouvert, il a omis d'agir dans le délai prescrit par l'article 230, cinquième alinéa, CE. Le raisonnement de la Cour dans cette affaire était fondé essentiellement sur la nécessité de préserver la sécurité juridique en évitant que les actes communautaires ne puissent être remis en cause indéfiniment [193], et d'éviter que les particuliers ne contournent les règles de délai fixées à l'article 230, cinquième alinéa, CE [194]. Les mêmes considérations valent, à notre avis, dans le cas où la validité d'actes communautaires est indirectement remise en cause par des États membres, institutions, organes ou organismes sur le fondement de l'article 241 CE [195].

193. On pourrait considérer que cet argument est conforme à l'objectif de l'article 241 CE. Dans l'arrêt Simmenthal, la Cour a jugé que l'article 184 du traité CE (devenu article 241 CE) «est l'expression d'un principe général assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire, en vertu de l'article [230 CE], un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation». Ce passage pourrait être compris comme suggérant que l'objectif essentiel de l'article 241 CE est d'assurer que la protection juridictionnelle reste possible dans les cas où, en raison de limitations du droit d'agir prévues à l'article 230 CE, un recours direct est exclu [196].

194. Néanmoins, en accordant une importance particulière aux termes non équivoques de l'article 241 CE, qui créent une voie de recours (même si elle est purement incidente), nous sommes tenté de conclure que le deuxième moyen de droit invoqué par la BCE — consistant à dire que le règlement n° 1073/1999 devrait être déclaré inapplicable — est recevable. Dans ce contexte, peu importe, à notre avis, que la BCE ait été ou non consciente du fait que le règlement s'appliquait à elle [197]. Rien dans le texte de l'article 241 CE ne permet d'en limiter la portée en fonction de la connaissance subjective de l'individu, l'État membre ou l'institution ou organisme, et il serait, en tout état de cause, difficile d'appliquer un tel critère dans la pratique.

192 — Arrêt du 9 mars 1994 (C-188/92, Rec. p. I-833). Voir aussi arrêts du 30 janvier 1997, Wiljo (C-178/95, Rec. p. I-585), et du 15 février 2001, Nachi Europe (C-239/99, Rec. p. I-1197).

193 — Point 16.

194 — Point 17.

195 — Voir dans le même sens nos conclusions dans l'affaire Nachi Europe, précitée note 193, point 69.

196 — Voir aussi Bebr G., «Judicial remedy of private parties against normative acts of the European Communities: the role of the exception if illegality», *Common Market Law Review*, 1966, p. 7; Joliet R., *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux* (1981), p. 132 et 133, et Usher J., «The relationship of Articles 173, 177 and 184 EEC», *European Law Review* (1979), p. 36.

197 — Voir, dans le même sens, les conclusions de l'avocat général Slynn dans l'affaire France/Commission, précitées note 191, Rec. p. 703.

Conclusion

195. À la lumière des observations qui précèdent, nous sommes d'avis que la Cour de justice devrait:

1) annuler la décision 1999/726/CE de la Banque centrale européenne, du 7 octobre 1999, concernant la prévention de la fraude;

2) condamner la BCE à supporter les dépens de la Commission des Communautés européennes;

3) dire que le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et le royaume des Pays-Bas conserveront la charge de leurs propres dépens.