



Francfort-sur-le-Main, le 27 avril 2000

**AU PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DES
COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Mémoire en défense

présenté par

La Banque centrale européenne, sur le fondement de l'article 40 du Règlement de procédure de la Cour de justice, représentée par Monsieur Antonio Sáinz de Vicuña, directeur de son Service Juridique, et par Madame Chiara Zilioli, également membre de son Service Juridique, agissant en qualité d'agents, assistés par Monsieur Alan Dashwood, Professeur à l'Université de Cambridge et membre du Barreau de Londres, Royaume Uni, ayant élu domicile auprès de Monsieur Raymond Horper, [REDACTED]

partie défenderesse,

dans l'affaire C-11/00,

introduite par

La Commission des Communautés européennes, représentée par Monsieur Christiaan Timmermans, directeur général adjoint de son Service Juridique, Monsieur Hans Peter Hartvig et Monsieur Ulrich Wölker, également membres du Service juridique, agissant en qualité d'agents, et ayant élu domicile à Luxembourg auprès de Monsieur Carlos Gómez de la Cruz, membre de son Service Juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie demanderesse,

ayant pour objet :

L'annulation de la décision du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne du 7 octobre 1999 concernant la prévention de la fraude (BCE/1999/5), publiée au JO L 291 du 13 novembre 1999, page 36.



BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

Francfort-sur-le-Main, le 27 avril 2000

**AU PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DES
COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

Mémoire en défense

présenté par

La Banque centrale européenne, sur le fondement de l'article 40 du Règlement de procédure de la Cour de justice, représentée par Monsieur Antonio Sáinz de Vicuña, directeur de son Service Juridique, et par Madame Chiara Zilioli, également membre de son Service Juridique, agissant en qualité d'agents, assistés par Monsieur Alan Dashwood, Professeur à l'Université de Cambridge et membre du Barreau de Londres, Royaume Uni, ayant élu domicile auprès de Monsieur Raymond Horper, [REDACTED]

partie défenderesse,

dans l'affaire C-11/00,

introduite par

La Commission des Communautés européennes, représentée par Monsieur Christiaan Timmermans, directeur général adjoint de son Service Juridique, Monsieur Hans Peter Hartvig et Monsieur Ulrich Wölker, également membres du Service juridique, agissant en qualité d'agents, et ayant élu domicile à Luxembourg auprès de Monsieur Carlos Gómez de la Cruz, membre de son Service Juridique, Centre Wagner, Kirchberg,

partie demanderesse,

ayant pour objet :

L'annulation de la décision du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne du 7 octobre 1999 concernant la prévention de la fraude (BCE/1999/5), publiée au JO L 291 du 13 novembre 1999, page 36.

AU PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	1
I. INTRODUCTION	2
II. LES FAITS	2
A. CONTEXTE HISTORIQUE	2
1. Introduction	2
2. Mandat et structure de l'UCLAF	3
3. La relation entre l'UCLAF et les États membres	6
4. Transformation de l'UCLAF en une <i>task-force</i>	6
B. ACTES JURIDIQUES CONCERNANT LE NOUVEL ORGANE DE LA COMMISSION: L'OLAF	7
1. La décision de la Commission instituant l'OLAF	7
1.1 Fondement juridique	7
1.2 Mandat	8
1.3 L'OLAF en tant que partie de l'organisation de la Commission	8
2. Le règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF	8
2.1 Fondement juridique	8
2.2 Défaut de consultation de la BCE	9
2.3 Étendue des pouvoirs d'enquête	10
2.4 Enquêtes de l'OLAF	10
2.5 Rapport n° 1/99 du comité de surveillance de l'OLAF	11
3. L'Accord interinstitutionnel relatif aux enquêtes internes effectuées par l'OLAF	11
C. ÉLÉMENTS CONCERNANT LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE	12
1. La position institutionnelle de la Banque centrale européenne	12
2. Le réseau opérationnel étroit entre la BCE et les BCN	13
2.1 Introduction	13
2.2 Politique monétaire	14
2.3 Production de billets	15
2.4 Gestion des réserves de change et opérations de change	15
2.5 Systèmes de paiement	16
2.6 Statistiques monétaires et bancaires	16
2.7 Organisation interne	17
2.8 Conséquences quant aux enquêtes de l'OLAF	17
3. Indépendance	18
3.1 Introduction	18
3.2 Indépendance institutionnelle	19
3.3 Indépendance financière	19
3.3.1 Absence de lien général entre la BCE et le budget général des Communautés européennes	19
3.3.2 Liens spécifiques avec le budget communautaire	20
3.3.3 Ressources et budget propres	20
3.3.4 Comptabilité propre	21
3.4 Indépendance personnelle	22
3.5 Audit et contrôles au sein de la BCE	22
3.5.1 Audit et contrôles institués par les statuts de la BCE	22
3.5.2 Audit et contrôles institués par le Conseil des gouverneurs	22
D. LES ACTES JURIDIQUES DE LA BCE CONCERNANT LA PRÉVENTION DE LA FRAUDE	26
1. La décision litigieuse	26
1.1 Fondement juridique	26
1.2 Motivation	27
1.3 Indépendance et caractère exécutif du comité antifraude	27
1.4 Relations avec l'OLAF	28
2. Autres actes juridiques de la BCE concernant la prévention de la fraude	28
2.1 Décision de la Banque centrale européenne du 7 octobre 1999 portant modification du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (BCE/1999/6)	28
2.2 Décision de la Banque centrale européenne du 16 novembre 1999 portant nomination des membres du comité antifraude de la Banque centrale européenne (BCE/1999/8)	28
III. EN DROIT	29
PREMIER MOYEN : Défaut de motif pour agir en vertu de l'article 230 CE	29
1. « Négation » alléguée des pouvoirs de l'OLAF	29
2. Défaut de mise en œuvre allégué de « l'obligation » imposée par l'article 4, paragraphe 6 du règlement	30
3. Conclusion du premier moyen	32
SECOND MOYEN: Le règlement n'est pas applicable à la BCE	33
1. L'article 280, paragraphe 4 CE en tant que fondement juridique d'une mesure applicable à la BCE	36
2. Défaut de consultation de la BCE	42

II

3.	Empiètement sur la garantie d'indépendance de l'article 108 CE	44
4.	Violation du principe de proportionnalité	47
4.1	Redondance d'un nouveau mécanisme de contrôle	47
4.2	Le caractère spécifique des missions confiées à la BCE	48
4.3	Le mode de fonctionnement décentralisé de la BCE	49
5.	Conclusion du second moyen	50
IV.	CONCLUSIONS	52

I. INTRODUCTION

- 1 La Commission des Communautés européennes (ci-après « Commission ») a intenté le présent recours, qui est fondé sur l'article 230 CE, afin d'obtenir l'annulation par la Cour de justice de la décision de la Banque centrale européenne du 7 octobre 1999 concernant la prévention de la fraude (ci-après « décision litigieuse »)¹.

La Banque centrale européenne (ci-après « BCE ») a l'honneur de présenter ci-dessous son mémoire en défense dans le présent recours.

- 2 En observation préliminaire, la BCE remarque que, autant que l'on se souvienne, aucun gouvernement des 15 États membres n'a intenté d'action en justice à l'encontre de sa banque centrale nationale². On ne saurait en conclure qu'il n'existe pas de conflits ou de divergences d'opinions entre les gouvernements et les banques centrales, mais que de telles divergences tendent à se régler par un dialogue raisonnable entre des institutions qui travaillent ensemble. Le contraste avec le présent recours est remarquable. Il a été intenté à peine un an après le début de l'union monétaire, en l'absence de tout cas spécifique de fraude, et moins d'un an après la création de l'Office pour la lutte antifraude (ci-après « OLAF »). Le présent recours se situe davantage dans le contexte de la crise institutionnelle qui a suivi la démission collective de la Commission en mars 1999³, que dans le contexte normal de la mise en œuvre du principe de coopération loyale résultant de l'article 10 CE, applicable aux institutions communautaires.

II. LES FAITS

A. CONTEXTE HISTORIQUE

1. Introduction

- 3 L'action de la Commission dans la lutte contre la fraude remonte au début des années 80, à l'époque où elle a pris l'initiative (à la demande du Parlement européen) de créer des unités administratives limitées aux différentes directions générales s'occupant de l'agriculture, du budget et de la fiscalité, avec pour mission de traquer la fraude dans ces domaines du budget communautaire⁴.
- 4 En novembre 1987, la Commission est allée plus loin, et a mis en place une coordination centrale pour lutter contre la fraude⁵ (Unité de coordination de la lutte antifraude ou

¹ Décision BCE/1999/5, JO L 291 du 13 novembre 1999, p. 36. Voir annexe I de la requête.

² Même dans un pays extrêmement litigieux comme les États-Unis, aucun contentieux ne s'est élevé entre le gouvernement américain et le système de réserve fédéral.

³ La décision de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude et le règlement (CE) n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 ont été adoptés avec une Commission européenne démissionnaire.

⁴ Comité d'experts indépendants, second rapport sur la réforme de la Commission, volume II, 10.9.1999, chapitre 5, a, p. 9.

⁵ COM (87) 572 final, 20.11.1987.

« UCLAF ») au sein de son Secrétariat général. L'UCLAF a été chargée de coordonner des équipes individuelles responsables de la lutte contre la fraude au niveau des différentes directions générales concernées.

- 5 En 1993, le traité CE a été modifié par le traité sur l'Union européenne, qui a introduit l'article 209 A⁶ du traité CE. L'article imposait aux États membres une obligation de 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 ». Ils étaient tenus, en vertu du paragraphe 2, de coordonner l'action visant à atteindre l'objectif du paragraphe 1 avec les autres États membres et avec la Commission.
- 6 En 1995, la lutte contre la fraude a été centralisée au sein de l'UCLAF, toutes les responsabilités auparavant assumées par les directions générales étant transférées à cet organe.
- 7 Deux autres événements importants ont eu lieu en 1995 : l'un a été l'adoption du règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁷. L'autre a été la signature de la convention rédigée sur la base de l'article K.3⁸ du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes⁹.

2. Mandat et structure de l'UCLAF

- 8 Le mandat de l'UCLAF a été établi dans un acte de la Commission daté de février 1995¹⁰. Selon cette décision, l'UCLAF était le seul organe au sein de la Commission à détenir le pouvoir et la responsabilité des activités de lutte contre la fraude au budget communautaire¹¹. Le rapport annuel de l'UCLAF en 1995 soulignait deux aspects de ce rôle, à savoir :
 - la protection des intérêts financiers de la Communauté ;
 - la conception de la lutte contre la fraude dans tous les domaines du budget communautaire.
- 9 Il faut établir une distinction entre les concepts de fraude, d'irrégularités et de corruption. La fraude, qui appartient au domaine du droit pénal, est définie (aux fins du droit communautaire) dans la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés de 1995. Les irrégularités, d'autre part, impliquent la violation de règles et/ou procédures

⁶ Devenu l'article 280 CE en vertu du traité d'Amsterdam.

⁷ JO L 312, 23.12.1995, p. 1.

⁸ Désormais l'article 34 UE après modification par le traité d'Amsterdam.

⁹ JO C 316, 27.11.1995, p. 49.

¹⁰ SEC (95) 249, 10.2.1995.

¹¹ Voir également l'introduction de « Lutte contre la fraude : rapport annuel 1995 » : « En 1995, la Commission a également réorganisé sa structure centrale de lutte contre la fraude (SG/UCLAF : 'Unité de coordination de la lutte antifraude') en regroupant les activités antifraude au sein de cette structure opérationnelle et pluri-disciplinaire, ce, afin de lui permettre de remplir pleinement son rôle, indépendamment des services ordonnateurs, et afin de mieux concrétiser l'approche globale et intégrée, définie pour la protection des intérêts financiers de la Communauté. »

administratives¹². La corruption, active comme passive (touchant aux intérêts financiers des Communautés européennes), est définie dans le premier protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes¹³.

10 Concernant le concept de fraude et sa signification, deux éléments doivent être précisés :

- *Premièrement*, dans le langage des rapports annuels de l'UCLAF, la Commission se réfère sans distinction à la « fraude au détriment du budget communautaire » et à la nécessité de « protéger les intérêts financiers des Communautés ».
- *Deuxièmement*, les actes juridiques pertinents dans ce domaine comportent les définitions suivantes :
 - Dans le règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil, le septième considérant inclut dans le champ d'application du règlement les activités frauduleuses telles que définies dans la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés. Dans le premier considérant du préambule, ainsi que dans l'article 1, paragraphe 2, on trouve une référence claire à des actes ou omissions qui portent atteinte aux recettes budgétaires ou aux dépenses budgétaires de la Communauté.
 - La convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes¹⁴ définit, à l'article 1, le terme de « fraude portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés européennes », en se référant à des « dépenses » et « recettes » budgétaires. Le « rapport explicatif de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes »¹⁵, qui consiste en un commentaire des articles de la convention, se réfère aux recettes et dépenses budgétaires en termes pratiquement identiques à ceux du règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil ; ce commentaire est en conséquence applicable par analogie aux dispositions du règlement.

11 Concernant les « dépenses », le rapport explicatif dispose : « On entend par 'dépenses' non seulement les subventions et les aides qui sont gérées directement par le budget général des Communautés, mais aussi celles qui figurent aux budgets gérés par les Communautés ou pour leur compte. Il s'agit essentiellement des subventions dispensées par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole mais également des subventions et des aides des Fonds structurels [...]. Ces différentes aides et subventions [...] ont généralement pour but de financer la politique agricole commune, de contribuer à la rénovation des structures dans les secteurs économiques, sociaux ou culturels ou d'en renforcer la cohésion au sein de l'Union

¹² Comité d'experts indépendants, second rapport sur la réforme de la Commission, volume II, 10.09.1999, chapitre 5, p. 6.

¹³ JO C 313, 23.10.1996, p. 2.

¹⁴ Voir note 9.

¹⁵ JO C 191, 23.6.1997, p. 1.

européenne.¹⁶ » Ces questions ne sont en aucune manière liées aux activités de la Banque centrale européenne.

- 12 Concernant les « recettes », le rapport explicatif précise : « On entend par 'recettes' les recettes provenant des deux premières catégories de ressources propres visées à l'article 2, paragraphe 1 de la décision 94/728/CE, Euratom, du Conseil, du 31 octobre 1994, relative au système des ressources propres des Communautés européennes »¹⁷ (prélèvements agricoles et droits de douane sur les échanges avec les pays tiers). De telles recettes sont, de même, complètement étrangères aux activités de la BCE.
- 13 L'expression du règlement, « budgets gérés par les Communautés », s'applique à des fonds gérés ou contrôlés par la Commission¹⁸. L'interprétation historique de cette formule est claire, et ne prend pas en compte les fonds qui ne sont *ni* dans le budget général de la Communauté, *ni* gérés ou contrôlés par la Commission (comme, par exemple, les ressources de la BCE).
- 14 Le paragraphe 1 du préambule du 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 irrégularités¹⁹, focalise également le règlement sur le « budget communautaire ».
- 15 Quant à sa structure organisationnelle, l'UCLAF a été divisée en six unités, étant chargées exclusivement de certains domaines du budget communautaire²⁰.
- 16 Dans son programme de travail annuel sur les activités antifraude, la Commission a précisé la stratégie, ainsi que les objectifs et questions spécifiques devant être abordés dans le cadre de cette stratégie générale. Par exemple, le programme annuel de travail 1997/1998 a défini la stratégie fondamentale pour améliorer la présence sur le terrain, et la coopération avec les autorités nationales concernées. Afin d'assurer le suivi de cette stratégie, il a également identifié certains objectifs principaux, tous liés au budget communautaire, à savoir :
- le recouvrement des montants en cause dans la fraude au budget communautaire, lorsque la Commission projetait de renforcer le suivi ;
 - la responsabilité des États membres de gérer correctement le système de ressources propres ;

¹⁶ JO C 191, 23.6.1997, p. 5.

¹⁷ *Ibid.* à la p. 5.

¹⁸ Par exemple, le Fonds européen de développement, dont le budget est extérieur au champ d'application du règlement financier (voir affaire C-316/91, Parlement européen/Conseil [1994] Rec. I-625), ou le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle - CEDEFOP- (voir affaire 16/81, Agata Alaimo/Commission [1982] Rec. 1559).

¹⁹ JO L 292, 15.11.1996, p. 2.

²⁰ Fonds structurels, agriculture et ressources propres.

- la création éventuelle d'un « espace judiciaire pour la protection des intérêts financiers de l'Union » européen, au sein duquel les amendes pour infractions pénales au détriment du budget communautaire seraient harmonisées.

3. La relation entre l'UCLAF et les États membres

- 17 Le partage de responsabilité entre l'UCLAF et les États membres dans la lutte contre la fraude au détriment du budget communautaire était structuré comme suit : la fonction principale revenait aux différents États membres, en raison de leur responsabilité en matière d'exécution directe et de travail de vérification ; tandis que la mission de l'UCLAF était de soutenir les États membres, par le biais d'une coordination des différents États membres, et des États membres avec les services responsables de la Commission.
- 18 L'UCLAF pouvait demander qu'une enquête sur des allégations de fraude soit conduite au niveau national, ou elle pouvait assumer elle-même les fonctions d'enquête. Elle aurait pu préférer cette deuxième solution si une enquête s'annonçait plus efficace à un niveau communautaire qu'à un niveau national en raison de son aspect transfrontière. Cependant, l'UCLAF n'a jamais possédé de pouvoirs indépendants d'enquête pénale, et par conséquent les résultats de toute enquête menée ou coordonnée par l'UCLAF étaient transmis aux forces répressives de tout État membre concerné, pour y être traités conformément aux droits et procédures nationaux.

4. Transformation de l'UCLAF en une *task-force*

- 19 Dans un rapport de la Cour des comptes de 1998, diverses réserves ont été émises quant à l'efficacité, l'organisation interne et le fonctionnement général de l'UCLAF, d'une part, et quant à sa position au sein de la Commission, et ses relations avec les autorités nationales, en particulier judiciaires, d'autre part²¹. Ces réserves étaient reflétées dans une résolution du Parlement européen sur le même sujet²².
- 20 La Commission, dans son document « Lutte contre la fraude – Programme de travail 1998/1999 »²³, a souligné certains « volets prioritaires », y compris :
- le lancement d'actions ciblées contre certaines formes de criminalité économique préjudiciables à des intérêts communautaires spécifiques ;

²¹ Rapport spécial 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 C 230, 22.7.1998, p. 1.

²² Résolution sur l'indépendance, le rôle et le statut de l'Unité de coordination de la lutte antifraude (UCLAF) (Rapport spécial de la Cour des comptes n° 8/98 relatif aux services de la Commission chargés de la lutte contre la fraude) (C4-0483/98), adoptée le 7.10.1998. Au point 2 de cette résolution, le Parlement européen « invite [...] la Commission à lui présenter au plus tard pour le 1er décembre 1998 une proposition de décision commune du Parlement européen, du Conseil, de la Cour de justice européenne et de la Cour des comptes européenne relative à la création d'un Office de lutte antifraude (OLAF) ».

²³ Protection des intérêts financiers des Communautés – Lutte contre la fraude – Programme de travail 1998/1999, COM (1998) 278 final, daté du 6.5.1998.

- l'établissement de conditions favorables à la protection des finances européennes dans le cadre de l'élargissement de l'Union et de la coopération avec les pays tiers ;
- le renforcement des structures institutionnelles et du cadre légal.

- 21 Au dernier tiret, la Commission a indiqué son intention, pour mettre en œuvre les recommandations²⁴ du Conseil et du Parlement européen à cet effet, de « renforcer son service antifraude ». Elle s'y est employée en transformant l'UCLAF en une *task-force* directement responsable envers le Secrétaire général de la Commission, avec pour objectif principal de lui accorder plus d'indépendance (essentiellement à l'égard des propres services de la Commission).
- 22 La raison d'être de l'OLAF réside donc dans ce souci d'accroître l'indépendance de la *task-force* UCLAF au sein des services de la Commission. Il est intéressant de noter que dans la proposition initiale de règlement du Conseil concernant l'OLAF²⁵ émise par la Commission, il était prévu de créer un organe entièrement indépendant de la Commission, avec pour mission d'enquêter sur d'autres institutions seulement sur la base d'une décision adoptée par ces autres institutions, et d'une manière non obligatoire²⁶.

B. ACTES JURIDIQUES CONCERNANT LE NOUVEL ORGANE DE LA COMMISSION: L'OLAF

1. La décision de la Commission instituant l'OLAF

- 23 Par une décision du 28 avril 1999²⁷ (ci-après « décision sur l'OLAF »), la Commission a institué l'OLAF, qui assume toutes les responsabilités dont l'UCLAF avait été chargée jusqu'alors. L'OLAF est, par conséquent, le successeur de l'UCLAF (voir le point 25 ci-dessous).

1.1 Fondement juridique

- 24 La décision sur l'OLAF est fondée sur l'article 162 du traité CE (nouvel article 218 CE) (ainsi que sur l'article 16 du traité CECA et l'article 131 du traité Euratom). Le paragraphe 2 de l'article 162 du traité CE dispose :

« La Commission fixe son règlement intérieur en vue d'assurer son fonctionnement et celui de ses services dans les conditions prévues par le présent traité. Elle assure la publication de ce règlement. »

²⁴ Recommandation du Conseil du 9 mars 1998 sur la décharge à donner à la Commission sur l'exécution du budget général de la CE pour l'exercice 1996 (SN 2017/98, 9.3.1998) ; résolution relative à la décision de décharge sur l'exécution du budget général de l'Union européenne pour l'exercice 1996 (PE 268.230/29, 31.3.1998). Les deux documents sont cités dans COM (1998) 278 final, *supra* note n° 23.

²⁵ Proposition de règlement (CE, Euratom) du Conseil instituant un Office européen d'enquêtes antifraude, COM (1998) 717 final, 4.12.1998, JO C 21, 26.1.1999, p. 10.

²⁶ Voir en particulier les considérants 3 et 5, et les articles 2 et 3, paragraphe 2 de la proposition initiale concernant l'OLAF.

²⁷ Décision de la Commission du 28 avril 1999 instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), JO L 136, 31.5.1999, p. 20.

1.2 Mandat

25 L'article 1 de la décision dispose que l'OLAF remplace la *task-force* « Coordination de la lutte antifraude » et reprend l'ensemble de ses attributions. L'article 2 définit les fonctions de l'OLAF. Le paragraphe 1 de l'article 2 précise que l'OLAF peut, en plus de ses missions d'enquête en vue de renforcer la lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté, se voir confier des enquêtes dans d'autres domaines par la Commission ou d'autres institutions ou organes.

1.3 L'OLAF en tant que partie de l'organisation de la Commission

26 Le nouvel organe est intégré à l'organisation de la Commission. Le paragraphe 7 de l'article 2 dispose que l'OLAF assure la représentation de la Commission, au niveau des services, dans les enceintes concernées, pour les domaines de prévention de la fraude. L'article 6, paragraphe 4 prévoit que les décisions de la Commission relatives à son organisation interne sont applicables à l'OLAF.

27 Le caractère interne de la position de l'OLAF est encore souligné par le considérant 4 du 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)²⁸ (ci-après dénommé « règlement »), qui prévoit que « pour renforcer les moyens de lutte antifraude, la Commission, dans le respect du principe de l'autonomie d'organisation interne de chaque institution, a institué *en son sein*, par la décision 1999/352/CE, CECA, Euratom, l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), service chargé d'effectuer les enquêtes administratives antifraude ».

28 Pour assurer une certaine indépendance fonctionnelle, un comité de surveillance devait être établi, sa composition et ses fonctions étant arrêtées par le législateur communautaire. Il était chargé du contrôle de l'exécution de la fonction d'enquête par l'OLAF (article 4).

2. Le règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'OLAF

29 Le règlement a été adopté par la procédure de codécision le 25 mai 1999. Le même jour, le Conseil a adopté²⁹ un règlement identique pour Euratom.

2.1 Fondement juridique

30 Le fondement juridique du règlement est constitué par l'article 280 CE. Cet article donne à la Commission et aux États membres la mission conjointe de mettre en œuvre une « *action visant à protéger les intérêts financiers de la Communauté contre la fraude* ».

31 L'article 280 CE est le dernier du titre II, « Dispositions financières » (comprenant les articles 268 à 280 CE), de la cinquième partie du traité CE, qui concerne les institutions de la

²⁸ JO L 136, 31.5.1999, p. 1.

²⁹ 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, 31.5.1999, p. 8.

Communauté. Il n'y a pas de chapitre sur la BCE dans cette partie du traité. Les dispositions institutionnelles sur la BCE et le SEBC se situent dans une autre partie du traité : le titre VII, « La politique économique et monétaire », de la troisième partie, ainsi que dans les statuts du SEBC et de la BCE (ci-après « statuts »).

32 Selon le second rapport sur la réforme de la Commission³⁰,

« L'élaboration et l'adoption des mesures antifraude liées aux intérêts financiers de la Communauté [...] se trouvent résolument inscrites, avec le paragraphe 4, dans le cadre communautaire, au titre de la procédure de codécision entre le Conseil et le Parlement, ce qui constitue la principale nouveauté de cet article au regard de la version précédente. »

33 Le paragraphe 4 de l'article 280 CE prévoit que :

« Le Conseil [...] arrête [...] 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 [...]. »

34 La BCE remarque que l'article 280, paragraphe 4 CE, à la différence de l'article 286 CE, se réfère aux « États membres », et non pas aux institutions et organes institués par le traité CE.

2.2 Défaut de consultation de la BCE

35 L'article 105, paragraphe 4 CE requière que la BCE soit consultée « sur tout acte communautaire proposé dans les domaines de sa compétence ». Il existe une exigence semblable au titre des projets de réglementation nationale.

36 La BCE et son prédécesseur, l'IME, ont, à eux deux, été consultés sur un total de 167 projets d'actes juridiques, depuis la création de l'IME en 1994. L'IME/BCE a été consulté dans 28 cas de projets de réglementation nationale concernant les banques centrales. Il y a eu 23 consultations par la Communauté sur les projets de réglementation concernant la BCE ou le SEBC.

37 Pourtant, aucune consultation n'a eu lieu dans le cas du règlement.

³⁰ Comité d'experts indépendants, second rapport sur la réforme de la Commission, volume II, 10.9.1999, chapitre 5, p. 11.

2.3 Étendue des pouvoirs d'enquête

38 L'article 1, paragraphe 1 prévoit : « En vue de renforcer la lutte contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté européenne [...] [l'OLAF] exerce les compétences d'enquête conférées à la Commission par la réglementation communautaire et les accords en vigueur dans ces domaines. » Il est bon de rappeler que, en vertu de la réglementation communautaire antérieurement applicable, la notion de « intérêts financiers des Communautés » était toujours liée aux recettes et dépenses budgétaires des Communautés. Il en va de même pour la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes de 1995. L'article 1, paragraphe 1 souligne également le fait que l'OLAF s'identifie étroitement avec la Commission elle-même, dont il fait partie intégrante.

2.4 Enquêtes de l'OLAF

39 Les entités qui sont susceptibles d'être soumises aux « enquêtes internes » de l'OLAF sont énumérées à l'article 1, paragraphe 3 et à l'article 4, paragraphe 1. Ce sont « les institutions, organes et organismes institués par les traités ou sur la base de ceux-ci » (ci-après « institutions, organes, etc. »).

40 L'OLAF apporte son *concours* aux États membres dans le but de protéger les intérêts financiers de la Communauté contre la fraude (article 1, paragraphe 2) ; alors que, au sein des institutions, organes, etc., l'OLAF est habilitée à « effectu[e] [des] enquêtes administratives » (voir article 1, paragraphe 3 et article 4, paragraphe 1). Selon l'article 4, paragraphe 2 du règlement, l'OLAF a le droit de :

- accéder sans préavis et sans délai à toute information détenue par les institutions, organes, etc., ainsi qu'aux locaux de ceux-ci ;
- contrôler la comptabilité des institutions, organes, etc. ;
- prendre copie et obtenir des extraits de tout document et du contenu de tout support d'information détenus par les institutions, organes, etc. ;
- s'assurer de ces documents ou informations pour éviter tout risque de disparition ;
- demander des informations orales aux membres des institutions, organes, etc.

41 La BCE fait observer que le règlement ne comporte aucune obligation visant à ce que les enquêtes d'OLAF ne soient effectuées que sur la base de *fondements objectifs*, faits connus ou soupçons accompagnés de pièces justificatives. De plus, la seule référence au respect des droits fondamentaux se trouve au considérant 10.

2.5 Rapport n° 1/99 du comité de surveillance de l'OLAF³¹

- 42 Le comité de surveillance est chargé du contrôle régulier des activités de l'OLAF. A cette fin, il donne des avis au directeur de l'OLAF concernant ses activités d'enquête, et établit des rapports sur ses activités, qui sont adressés aux institutions communautaires (article 11).
- 43 Le comité a rendu son rapport n° 1/99 en octobre 1999. En raison de son importance dans la présente affaire, le rapport est joint en annexe 1. Le rapport énonce, au paragraphe 3, que « aucune institution, aucun organe ou organisme de la Communauté [n'est] exempt des mesures prises sur [...] [le] fondement [de l'article 280] ». Il poursuit, au paragraphe 4, en déclarant que les intérêts financiers de la Communauté englobent non seulement les fonds que ces institutions, organes, etc. possèdent ou gèrent, mais également l'ensemble de leur patrimoine. Sont aussi compris les « fonds ou actifs qui sont confiés aux institutions, organes ou organismes communautaires, par exemple par les États membres (*réserves de change confiées à la BCE*) » (italiques ajoutés).
- 44 Au paragraphe 5, le rapport mentionne des exemples de risques de corruption « qui pourraient être coûteux pour le public » ; ils comprennent « la divulgation d'information confidentielle, concernant par exemple *les décisions en matière de taux directeurs ou les interventions sur le marché des changes de la Banque centrale européenne* » (italiques ajoutés)³². Le rapport ne contient aucune suggestion selon laquelle les activités « essentielles » de la BCE puissent être exemptées des enquêtes de l'OLAF, allant dans le sens de l'exemption de l'article 3 de la décision de la Cour de justice, pour les documents relatifs à des affaires particulières³³.

3. L'Accord interinstitutionnel relatif aux enquêtes internes effectuées par l'OLAF

- 45 Le 25 mai 1999, le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont conclu un accord interinstitutionnel (ci-après « AII ») relatif aux enquêtes internes effectuées par l'OLAF³⁴. Il vise, premièrement, à adopter un régime commun comportant les mesures d'exécution nécessaires pour faciliter le bon déroulement des opérations effectuées par l'OLAF. L'idée générale de l'AII était plus respectueuse de l'autonomie institutionnelle des institutions, organes, etc. et donc plus conforme à ce qui semble avoir été l'idée initiale de « mettre l'OLAF à la disposition » de ces entités.
- 46 Un second objectif de l'AII était de conférer des pouvoirs supplémentaires à l'OLAF, à savoir d'effectuer des enquêtes et de dévoiler toutes les situations graves liées à l'exercice d'activités professionnelles qui puissent constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et

³¹ Rapport au Parlement, au Conseil et à la Commission sur l'application du règlement n° 1073/99 par les Institutions, organes et organismes de l'Union européenne, adopté le 7.10.1998.

³² Article 105 CE et article 3 des statuts.

³³ 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 (annexe 2).

³⁴ 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, 31.5.1999, p. 15.

autres agents des Communautés, ou un manquement aux obligations analogues des membres, des dirigeants ou des membres du personnel non soumis au statut.

47 Dans l'article 2 de l'AII, les parties conviennent d'adopter des décisions internes conformément au modèle annexé à l'AII, afin de mettre en œuvre l'article 4, paragraphe 6 du règlement.

48 La BCE a été invitée à adhérer à l'AII, mais a refusé. A cette date, la Cour de Justice, la Cour des comptes, le Comité des régions et la BEI n'ont pas non plus adhéré à l'AII.

C. ÉLÉMENTS CONCERNANT LA BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

1. La position institutionnelle de la Banque centrale européenne

49 Les dispositions de droit primaire réglementant la BCE sont les suivantes :

- l'article 8 CE ;
- le titre VII, « Politique économique et monétaire », de la troisième partie du traité CE ;
- les statuts ; et
- un certain nombre de protocoles concernant l'UEM.

50 Le SEBC et la BCE ont été institués par l'article 8 CE. Le SEBC est composé de la BCE et des banques centrales nationales (BCN) des États membres. La BCE n'apparaît pas dans la liste de l'article 7 CE, qui identifie les institutions chargées d'accomplir les missions de la Communauté. Elle est donc clairement séparée, en droit primaire, des institutions communautaires. Conformément à l'article 107, paragraphe 2 CE, la BCE est dotée d'une personnalité juridique propre, distincte de celle de la Communauté.

51 Toutes les autres dispositions institutionnelles relatives à la BCE se trouvent au chapitre 3 du titre VII de la troisième partie du traité CE, et dans les statuts. La BCE ne figure pas parmi les institutions et organes dont le statut est défini par les dispositions de la cinquième partie, « Institutions de la Communauté », du traité CE. Des dispositions de droit primaire spécifiques, dans les statuts, définissent le rôle et le fonctionnement de la BCE.

52 Le SEBC est dirigé par les organes de décision de la BCE, conformément à l'article 107, paragraphe 3 CE. Ce sont le Conseil des gouverneurs et le Directoire.

53 Le Conseil des gouverneurs de la BCE est composé des membres du Directoire et des gouverneurs des BCN (article 112, paragraphe 1 CE et article 10.1 des statuts). Le président du Conseil et un membre de la Commission peuvent participer à ses réunions, sans voix délibérative (article 113, paragraphe 1 CE).

54 Le Directoire se compose du président, du vice-président et de quatre autres membres. Ils sont tous nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres au niveau des

chefs d'État ou de gouvernement³⁵. Leur mandat a une durée de huit ans et n'est pas renouvelable. Leur mode de nomination et la garantie du maintien de leurs fonctions leur assurent un degré d'indépendance personnelle très élevé.

55 Le président de la BCE dispose d'une invitation permanente à participer aux réunions du Conseil lorsque celui-ci délibère sur des questions relatives aux objectifs et aux missions du SEBC (article 113, paragraphe 2, CE).

56 L'objectif principal du SEBC est de maintenir la stabilité des prix conformément à l'article 105 CE. Sans préjudice de cet objectif principal, le SEBC soutient les politiques économiques générales dans la Communauté, en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de la Communauté. L'objectif du SEBC et les objectifs de la Communauté sont par conséquent clairement distincts en droit primaire.

57 Suivant l'article 105 CE, « 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. »

58 Pour l'accomplissement des missions qui lui sont confiées, la BCE jouit d'un pouvoir réglementaire indépendant conformément à l'article 110 CE et à l'article 34 des statuts. En plus des règlements, décisions, recommandations et avis, la BCE peut adopter des orientations et instructions, qui sont des actes contraignants³⁶ internes au SEBC. Les orientations et instructions de la BCE sont des instruments nécessaires à la BCE pour diriger les BCN dans le cadre du SEBC. Les fondements juridiques de ces actes juridiques internes se trouvent aux articles 12.1 et 14.3, ainsi que dans d'autres articles fondamentaux, des statuts.

2. Le réseau opérationnel étroit entre la BCE et les BCN

2.1 Introduction

59 La BCE est un nouvel organe au sein de la constellation des entités européennes, qui dépend en grande partie des BCN. Il sera avancé ci-dessous que la relation étroite entre la BCE et les BCN tendrait à aller à l'encontre de toute enquête de l'OLAF limitée à la BCE. Pour permettre une étude complète, la BCE joint en annexe un exemplaire de son rapport annuel pour 1999, récemment approuvé par le Conseil des gouverneurs (annexe 3).

³⁵ Après consultation, lors d'une audience, du Parlement et du Conseil des gouverneurs de la BCE.

³⁶ Articles 12.1 et 14.3 des statuts.

2.2 Politique monétaire

- 60 Définir et mettre en œuvre la politique monétaire constitue la mission fondamentale de la BCE³⁷ ; cette dernière est compétente pour arrêter des règlements dans ce domaine³⁸. La mise en œuvre est réalisée soit par la BCE soit par les BCN³⁹ : selon les statuts, la BCE – dans la mesure jugée possible et adéquate – « *recourt aux banques centrales nationales pour exécuter des opérations faisant partie des missions du SEBC* »⁴⁰.
- 61 La fixation des taux d'intérêts pour les opérations de politique monétaire a un impact considérable sur les marchés financiers européens et mondiaux, ainsi que sur la vie quotidienne de quelques 300 millions d'habitants de la zone euro. Cet aspect de la définition de la politique monétaire est donc extrêmement sensible : la confidentialité est essentielle, et toutes les décisions sont prises par le Conseil des gouverneurs d'une manière très restreinte et hautement confidentielle ; ceci n'empêche pas qu'une fois adoptées, de telles décisions soient dûment rendues publiques et justifiées.
- 62 Au regard de la mise en œuvre de la politique monétaire, la BCE a créé un cadre opérationnel qui est, ici encore, entièrement décentralisé. Il existe une orientation interne fondamentale⁴¹ de la BCE qui organise, pour l'Eurosystème⁴², les opérations de politique monétaire⁴³ d'une manière décentralisée, dont l'effet peut être résumé comme suit :
- les opérations d'open market sont exécutées par les BCN⁴⁴, en vertu de leurs propres documentations juridiques nationales, et sont inscrites aux bilans des BCN ;
 - les facilités permanentes⁴⁵ sont offertes uniquement par les BCN - la BCE ne dispose d'aucunes facilités permanentes ;
 - les réserves obligatoires sont détenues par les établissements de crédit uniquement sur des comptes auprès des BCN⁴⁶ - la BCE ne détient aucune réserve obligatoire de quelques banques que ce soit.

³⁷ Article 3.1 des statuts.

³⁸ Article 34.1 des statuts. Jusqu'à présent, la BCE a exercé son pouvoir réglementaire dans le domaine des réserves obligatoires - règlement (CE) n° 2818/98 de la Banque centrale européenne du 1er décembre 1998 concernant l'application de réserves obligatoires (BCE/1998/15), JO L 356, 30.12.1998, p. 1 - des statistiques monétaires et bancaires - règlement (CE) n° 2819/98 de la Banque centrale européenne du 1er décembre 1998 concernant le bilan consolidé du secteur des institutions financières monétaires (BCE/1998/16), JO L 356, 30.12.1998, p. 7 - et des sanctions de la BCE - règlement (CE) n° 2157/1999 de la Banque centrale européenne du 23 septembre 1999 concernant les pouvoirs de la Banque centrale européenne en matière de sanctions (BCE/1999/4), JO L 264, 12.10.1999, p. 21.

³⁹ Article 9.2 des statuts.

⁴⁰ Article 12.1 des statuts.

⁴¹ Orientation de la BCE sur les instruments et procédures de la politique monétaire du SEBC. Son contenu est publié par la BCE et distribué librement sous le titre : « La politique monétaire unique en phase III. Documentation générale sur les instruments et procédures de la politique monétaire du SEBC. »

⁴² Par le terme « Eurosystème », il est fait référence à la BCE et aux BCN des États membres ayant adopté l'euro.

⁴³ Les instruments de politique monétaire de l'Eurosystème sont les suivants : opérations d'open market, facilités permanentes et réserves obligatoires.

⁴⁴ La BCE n'est habilitée à exécuter des opérations bilatérales de réglage fin que « dans des circonstances exceptionnelles ». Jusqu'à présent, la BCE n'a pas exécuté ce type d'opérations.

⁴⁵ Facilité de prêt marginal et facilité de dépôt.

⁴⁶ Voir art. 6, paragraphe 1 du règlement (CE) n° 2818/98 (BCE/1998/15) de la BCE.

2.3 Production de billets

- 63 Selon l'article 10 du règlement (CE) 974/98 du Conseil du 3 mai 1998 sur l'introduction de l'euro⁴⁷, les billets libellés en euro seront mis en circulation par l'Eurosystème « à partir du 1er janvier 2002 ». L'Eurosystème a également organisé⁴⁸ l'opération industrielle massive de la production de billets en euro d'une manière entièrement décentralisée, pour maximiser les capacités de production existantes. Les imprimeries utilisées par les BCN se sont vu confier l'opération, et les coûts de production sont pris en charge par les BCN. La BCE elle-même ne possède pas d'imprimerie, ni ne s'engage dans des activités de production de billets au-delà de son rôle de coordination central et global.
- 64 En raison des risques de contrefaçon, l'aspect technique de la production de billets doit être soigneusement protégé des tiers. C'est pourquoi la confidentialité est strictement préservée à tous les stades du processus.

2.4 Gestion des réserves de change et opérations de change

- 65 Il y a trois types de réserves de change :
- les réserves transférées par les BCN à la BCE en application de l'article 30 des statuts. Celles-ci s'élevaient, à la clôture de l'exercice 1999, à EUR 46,7 milliards et sont inscrites à l'actif du bilan de la BCE ;
 - les réserves détenues par les BCN en vertu de l'article 31 des statuts. Elles s'élevaient, à la clôture de l'exercice 1999, à EUR 319,6 milliards et sont inscrites à l'actif du bilan des BCN ;
 - les fonds de roulement en devises détenus par les États membres et les institutions communautaires. Le montant de ces réserves varie énormément mais n'est pas comparable au montant total des avoirs de réserve de change détenu par l'Eurosystème⁴⁹.
- 66 Conformément aux articles 9.2 et 12.1 des statuts, la BCE a également organisé la gestion des réserves visées au premier point du précédent paragraphe d'une manière décentralisée⁵⁰. Cela signifie que la BCE définit la politique du point de vue des cibles et des objectifs, mais que les opérations sont effectuées par les BCN sous la supervision et la coordination générales de la BCE.

⁴⁷ JO L 139, 11.5.1998, p. 1.

⁴⁸ Accord interne à l'Eurosystème du 15 juillet 1999 sur « certaines questions liées à l'organisation de la production de billets en euro » et une orientation interne de la BCE « adoptant certaines dispositions concernant la production de billets en euro ».

⁴⁹ L'expression « fonds de roulement en devises » a pour la première fois été utilisée dans l'article 105, paragraphe 3 CE pour désigner les réserves officielles de change qui doivent être détenues par les gouvernements pour leurs opérations courantes en devises, comme, par exemple, les dépenses de leur réseau diplomatique, la charge des intérêts de la dette publique en devises, le paiement de fournitures à des fournisseurs étrangers, etc. Le concept de « fonds de roulement en devises » ne figure pas dans la terminologie du FMI, ni dans la terminologie statistique.

⁵⁰ Plusieurs orientations et instructions de la BCE sont utilisées par l'Eurosystème à ce titre. Le cadre décentralisé fondamental est réglementé par une orientation interne de la BCE sur les relations de gestion entre la BCE et les BCN pour les opérations impliquant les avoirs de réserve de change de la BCE, tel que modifié.

- 67 Les interventions en matière de change sont des opérations destinées à influencer le taux de change de la devise propre ou d'une devise tiers. Elles sont comprises dans le cadre général de la gestion des réserves de change, où elles représentent un type particulier d'usage éventuel des réserves. Toutes informations concernant de telles opérations d'intervention sont extrêmement susceptibles d'influencer le marché, c'est pourquoi les opérations en cause sont effectuées dans le plus grand secret, et des procédures de coordination informelles et néanmoins très confidentielles ont été mises en place par l'Eurosystème à cet égard.

2.5 Systèmes de paiement

- 68 La BCE et les BCN peuvent accorder des facilités en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements. En outre, la BCE peut arrêter des règlements⁵¹ dans ce cadre. La BCE a mis en place un système de paiement sur le plan communautaire, connu par son acronyme, TARGET⁵². Suivant les articles 9.2 et 12.1 des statuts, le système TARGET suit un modèle décentralisé : il est mis en place des caractéristiques juridiques, techniques et opérationnelles harmonisées pour les systèmes de règlement brut en temps réel (opérant en euro) dans chacun des États membres. Ces systèmes de paiement sont interconnectés de manière à permettre les transferts transfrontaliers valeur-jour dans toute l'Union européenne. La BCE, en plus de ses capacités centrales de coordination et de gestion, dispose de son propre « terminal » appelé « mécanisme de paiement de la BCE » (ou « EPM »), qui permet les flux de paiement entre les comptes ouverts à la BCE et les comptes servis par tous les « terminaux » de TARGET nationaux. A ce jour, bien que cela soit envisageable en théorie, aucune institution, organe ou entité communautaire n'a fait usage de l'EPM et par conséquent aucun compte EPM n'est actuellement détenu par la Communauté auprès de la BCE. Les « terminaux » nationaux de TARGET sont réglementés par des instruments juridiques nationaux, certains réglementaires, la plupart contractuels : dans certains cas la gestion de ces mécanismes est confiée à une personne morale distincte de celle de la BCN⁵³.

- 69 Les opérations de politique monétaire de l'Eurosystème sont effectuées par le biais de TARGET : la liquidité est apportée ou retirée uniquement par ce biais. En outre, de nombreux types d'autres opérations utilisent le système TARGET, dans la mesure où les montants transférés quotidiennement via TARGET ont excédé les montants transférés via le système parallèle aux États-Unis, le *Fedwire*.

2.6 Statistiques monétaires et bancaires

- 70 L'Eurosystème est habilité à collecter les informations statistiques nécessaires à l'accomplissement de ses missions⁵⁴, et la BCE peut promulguer des règlements⁵⁵ dans ce cadre.

⁵¹ Article 22 des statuts.

⁵² Signifie « transferts express automatisés transeuropéens à règlement brut en temps réel », réglementés par le biais d'une orientation interne fondamentale et d'un accord interne au SEBC daté du 1.12.1998, modifié. Aucun règlement de la BCE n'a encore été adopté en application de l'article 22 des statuts.

⁵³ Comme le système électronique de paiement interbancaire de gros montants (« ELLIPS ») belge ou la chambre de compensation automatisée de paiement interbancaire (« CHAPS ») du Royaume-Uni.

⁵⁴ Article 5 des statuts.

Une fois encore, pour les besoins de cette activité, la BCE a mis en place un système décentralisé⁵⁶, selon lequel les personnes soumises aux obligations de déclaration (« agents déclarants ») sont tenues de livrer des données statistiques harmonisées seulement à la BCN concernée, tandis que la BCE reçoit de telles données par voie électronique de la part des BCN, sans rapport direct avec les agents déclarants.

2.7 Organisation interne

- 71 Le modèle décentralisé de l'Eurosystème décrit ci-dessus se traduit clairement par le fait que la BCE ne comptait que 735 employés à la fin de 1999, un nombre qui n'est pas comparable aux quelques 50 000 employés des 11 BCN des États membres participants à l'Eurosystème.
- 72 Conformément au modèle décentralisé, le Conseil des gouverneurs a décidé de créer 13 comités du SEBC⁵⁷, dans lesquels les BCN sont représentées, les activités des membres du SEBC coordonnées et les politiques et propositions préparées pour être examinées par les organes de décision du SEBC. Ces 13 comités ont créé des sous-groupes, avec un total actuel de quelques 54 groupes de travail, *task-forces* et équipes en charge de projets particuliers⁵⁸. Ceci démontre que ce n'est pas, à proprement parler, la BCE qui agit, mais plutôt l'Eurosystème (ou, dans certains domaines, le SEBC au complet), dans le cadre d'une structure et d'un mécanisme complexes. La BCE est essentiellement un organe de décision et de coordination.

2.8 Conséquences quant aux enquêtes de l'OLAF

- 73 Il en résulte que si, comme la Commission le soutient, l'OLAF devait effectuer des enquêtes en matière de fraude dans la mise en œuvre des opérations de politique monétaire de l'Eurosystème, il devrait enquêter, non seulement auprès de la BCE mais aussi auprès des BCN, où ces opérations sont faites et comptabilisées ; si l'OLAF devait effectuer des enquêtes en matière de fraude sur les opérations de gestion des avoirs de réserve de change de l'Eurosystème, il devrait enquêter, non pas auprès de la BCE, ou du moins pas uniquement auprès de la BCE, mais également auprès des BCN et des contreparties concernées ; si l'OLAF devait effectuer des enquêtes en matière de fraude dans les activités de l'Eurosystème au titre de la production de billets en euro, il devrait enquêter, non pas auprès de la BCE mais au niveau des imprimeries des BCN et des contreparties impliquées dans toute la chaîne de production ; si l'OLAF devait effectuer des enquêtes en matière de fraude dans les activités statistiques de

⁵⁵ La BCE a adopté un acte à une occasion : règlement (CE) n° 2819/98, voir note 38 *supra*.

⁵⁶ Voir art. 4, paragraphe 1 du règlement (CE) n° 2819/98, l'orientation de la Banque centrale européenne du 1er décembre 1998 sur les exigences de la Banque centrale européenne en matière de statistiques relatives à la balance de paiements et à la position extérieure (BCE/1998/17), JO L 115, 4.5.1999, p. 47, et plusieurs orientations internes de la BCE.

⁵⁷ Le fondement juridique réside dans l'article 9 du règlement intérieur de la BCE ; un tel règlement est fondé sur l'article 12.3 des statuts. Les 13 comités du SEBC sont les suivants : comité juridique, comité de la comptabilité et du revenu monétaire, comité de surveillance bancaire, comité des billets, comité budgétaire, comité de la communication externe, comité des systèmes d'information, comité des auditeurs internes, comité des relations internationales, comité des opérations de marché, comité de la politique monétaire, comité des systèmes de paiement et de règlement, comité des statistiques.

⁵⁸ Le chiffre ne comprend pas les comités internes de la BCE, mais seulement les groupes où les BCN délèguent des représentants.

l'Eurosystème, il devrait enquêter, non seulement auprès de la BCE mais aussi auprès des BCN ; si l'OLAF devait effectuer des enquêtes en matière de fraude dans le cadre des facilités en vue d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de compensation et de paiements au sein du SEBC, les opérations de ce dernier pour la BCE (le EPM) ne représentant qu'une fraction marginale de ce qui transite par les « terminaux » nationaux des BCN (ou la personne morale gérant le système dans les cas où il se situe en dehors de la BCN), il s'ensuit que les enquêtes seraient normalement dirigées vers les BCN ou même vers les « terminaux » TARGET fonctionnant en dehors des BCN.

74 Les conséquences de ce qui précède sont étudiées, quant à l'applicabilité du règlement à la BCE, aux points 191 à 196.

3. Indépendance

3.1 Introduction

75 L'article 108 CE prévoit l'indépendance du SEBC. Puisqu'il s'agit de l'un des éléments essentiels de la présente affaire, il mérite qu'on s'y attarde.

76 L'Institut monétaire européen (« IME ») était tenu de faire rapport⁵⁹ au Conseil sur la compatibilité des statuts des BCN avec la disposition du traité CE sur l'indépendance des banques centrales. Il a rédigé, dès 1995, des rapports annuels sur la « convergence juridique », qui ont été à l'origine de réformes législatives des statuts des BCN dans 14 États membres. Le rapport final de l'IME de mars 1998⁶⁰ contenait un chapitre II détaillé sur la « Compatibilité des législations nationales avec le traité CE », dont le sous-chapitre 2 analysait le concept « d'indépendance des banques centrales » du traité CE. La Commission européenne, qui était également tenue de faire rapport au Conseil, parallèlement, sur la même question, a été associée au travail analytique de l'IME et a suivi de près ses conclusions. Il en résulte que le rapport final sur la convergence de la Commission⁶¹ contient les mêmes paramètres et critères pour juger de la conformité avec l'obligation du traité CE quant à l'indépendance des banques centrales. Le Conseil, en tant que destinataire des deux rapports, a accepté les critères utilisés, ainsi que les conclusions et a statué en conséquence⁶².

77 L'IME comme la Commission ont érigé en principe fondamental l'idée selon laquelle l'indépendance des banques centrales (« *essentielle pour la crédibilité du passage à l'Union monétaire et, [...] ainsi une condition préalable à l'Union monétaire* »⁶³) consiste en une indépendance institutionnelle, personnelle et financière, des concepts qui ont été développés

⁵⁹ Art. 121, paragraphe 1 CE.

⁶⁰ « Rapport sur la convergence. Rapport prévu par l'article 109 J du traité CE instituant la Communauté européenne », IME mars 1998.

⁶¹ « Rapport sur la convergence », Commission européenne, Bruxelles, 25 mars 1998.

⁶² Décision du Conseil du 3 mai 1998 conformément à l'article 109 J, paragraphe 4, du traité (98/317/CE), JO L 139, 11.5.1998, p. 30.

⁶³ Rapport de l'IME, page 291, § 2.1.

plus avant dans les rapports de 1998, et sur lesquels était fondée l'évaluation de la capacité à rejoindre l'union monétaire.

- 78 Le terme « indépendance fonctionnelle », utilisé à maintes reprises dans la requête de la Commission relativement à la BCE, ne figure nulle part dans le rapport de 1998 de la Commission.

3.2 Indépendance institutionnelle

- 79 Le rapport de l'IME de 1998 définit l'indépendance institutionnelle comme l'interdiction faite aux « [...] institutions et organes communautaires [...] de [...] chercher à influencer les membres des organes de décision de la BCE », ainsi que de « solliciter ou d'accepter des instructions des institutions ou organes communautaires ». « Cette interdiction de donner des instructions et de tenter d'exercer une influence s'applique à toutes les sources d'influence extérieure[...]. »

- 80 Dans le cadre de l'indépendance institutionnelle, l'article 12.3 des statuts donne au Conseil des gouverneurs de la BCE le pouvoir de décider librement de l'organisation interne de la BCE. C'est sur la base de ce pouvoir que le règlement intérieur a été adopté et que les 13 comités du SEBC visés au point 72 ont été institués. L'institution du comité antifraude de la BCE était basée sur le même pouvoir d'organisation autonome.

- 81 L'indépendance institutionnelle est également accrue par l'article 11.4 des statuts. Cet article énonce que le Conseil des gouverneurs ou le Directoire, et non un organe extérieur, sont fondés à intenter un recours devant la Cour de justice, pour obtenir la démission d'office d'un membre du Directoire sur le fondement d'une faute grave.

- 82 L'indépendance institutionnelle est encore accrue par l'article 36.1 des statuts, qui dispose que les conditions d'emploi du personnel de la BCE ne sont pas celles prévues par le statut applicable dans l'ensemble des institutions et entités communautaires, mais les conditions adoptées par le Conseil des gouverneurs de la BCE de manière pleinement autonome.

3.3 Indépendance financière

3.3.1 Absence de lien général entre la BCE et le budget général des Communautés européennes

- 83 Il n'existe aucun lien de droit primaire entre la BCE et le budget général des Communautés. Le titre II (« Dispositions financières ») de la cinquième partie du traité CE (« Institutions de la Communauté ») n'est pas applicable à la BCE⁶⁴.

⁶⁴ La question de la non-application de l'article 280, paragraphe 4 CE à la BCE sera étudiée dans la partie du présent mémoire en défense consacrée à l'argumentation juridique.

84 Le dénommé budget général de l'Union européenne (ci-après « budget communautaire ») ne fait aucune référence à la BCE⁶⁵ ; et le règlement financier du 21 décembre 1977 ne mentionne pas non plus la BCE.

3.3.2 *Liens spécifiques avec le budget communautaire*

85 Le protocole sur les privilèges et immunités des Communautés européennes s'applique à la BCE⁶⁶ et exempte d'impôt sur le revenu national ses employés, au moyen d'un règlement du Conseil⁶⁷ fondé sur l'application à la BCE dudit protocole. Par ailleurs, en vertu de ces textes, la BCE contribue à l'impôt général institué au profit des Communautés européennes. Cependant, le flux financier est à sens unique : l'impôt versé par la BCE profite aux recettes du budget communautaire, mais la BCE ne reçoit rien en retour. De plus, les recettes obtenues par le biais de l'imposition du personnel de la BCE s'élèvent à moins de 3% du budget de la BCE.

86 La BCE a hérité de l'IME⁶⁸, qui avait lui-même reçu cette fonction du Fonds européen de coopération monétaire (« FECOM »)⁶⁹, la fonction de gérer deux emprunts communautaires accordés à la République d'Italie en vertu du mécanisme de concours financier à moyen terme, qui s'élèvent actuellement à EUR 2,483 millions et arrivent à échéance au cours de l'an 2000. Ces emprunts ont la qualité d'actifs dans le patrimoine des Communautés. La BCE remarque, toutefois, que sa participation dans la gestion des emprunts est minimale. Les intérêts annuels payés par l'Italie sont immédiatement transférés à la Commission : ils ne sont pas comptabilisés dans le bilan de la BCE.

87 Les organes communautaires peuvent ouvrir des comptes dans les livres de la BCE. Ceci peut survenir pour des opérations dans lesquelles la BCE agit en qualité d'agent fiscal des Communautés⁷⁰, ou pour permettre aux organes communautaires d'accéder au système de paiement TARGET à partir de l'EPM. Toutefois, il s'agit de possibilités théoriques qui ne se sont pas encore réalisées ; si de tels comptes étaient ouverts, ils auraient la qualité d'actifs dans le patrimoine des Communautés.

3.3.3 *Ressources et budget propres*

88 L'indépendance financière de la BCE est justifiée par le droit communautaire primaire. Comme indiqué au point 83 ci-dessus, les finances de la BCE ne sont pas régies par le titre II (« Dispositions financières ») de la cinquième partie du traité CE (« Institutions de la Communauté »), mais par les statuts de la BCE, à savoir par son chapitre VI (« Dispositions financières du SEBC »).

⁶⁵ Voir, par exemple, l'arrêt définitif du budget général de l'Union européenne pour l'exercice 1999, JO L 39, 12.2.1999 : il n'est fait aucune référence à la BCE.

⁶⁶ Art. 40 des statuts.

⁶⁷ Règlement (CE, CECA, Euratom) n° 1197/98 du Conseil du 5 juin 1998 modifiant le règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 260/68 portant fixation des conditions et de la procédure d'application de l'impôt établi au profit des Communautés européennes, JO L 166, 11.6.1998, p. 1.

⁶⁸ Article 44 des statuts.

⁶⁹ Articles 4.1 et 6 des statuts de l'Institut monétaire européen, joints comme protocole (ancien numéro 4) au traité CE.

⁷⁰ En vertu de l'article 21 des statuts.

- 89 Ces dispositions sont complétées par les règles adoptées par le Conseil des gouverneurs⁷¹ de la BCE sur la base de ses pouvoirs d'organisation autonome octroyés par l'article 12.3 des statuts, à savoir par le biais de l'article 15 du règlement intérieur de la BCE (« Procédure budgétaire ») et de l'article 16 dudit règlement intérieur de la BCE (« Présentation des rapports et comptes annuels »)⁷².
- 90 Les dispositions visées ci-dessus régissent entièrement, du début à la fin, les finances de la BCE. Ces dernières ne sont régies par aucune autre disposition communautaire.
- 91 Les ressources de la BCE sont constituées par son capital libéré, ses réserves et son bénéfice. Ces ressources proviennent exclusivement des contributions des BCN conformément aux articles 28 à 30 des statuts et du bénéfice provenant des opérations accomplies soit par la BCE soit par les BCN (au nom de la BCE, or en leur propre nom mais en vertu des dispositions relatives à la répartition de revenu des articles 32 et 33 des statuts).
- 92 Il est utile de souligner que les BCN sont dénommées « actionnaires » de la BCE dans les articles 10.3 et 33.1 des statuts. Cette expression illustre bien la nature de leur relation avec la BCE sous l'angle financier.
- 93 Aucune ressource provenant du budget communautaire n'est attribuée à la BCE. Par contraste avec d'autres organes européens, il n'existe pas de mécanisme de couverture, en vertu du budget communautaire, des éventuelles pertes de la BCE. De telles pertes devraient être supportées par les BCN.

3.3.4 Comptabilité propre

- 94 L'indépendance financière de la BCE est également démontrée par le pouvoir accordé à la BCE par les statuts d'établir ses comptes annuels « conformément aux principes déterminés par le

⁷¹ Règlement intérieur de la Banque centrale européenne du 7 juillet 1998, JO L 338, 15.12.1998, p. 28, modifié par le règlement intérieur de la Banque centrale européenne modifié le 22 avril 1999, JO L 125, 19.5.1999, p. 34, et par la décision de la Banque centrale européenne du 7 octobre 1999 modifiant le règlement intérieur de la Banque centrale européenne (BCE/1999/6), JO L 314, 8.12.99, p. 32.

⁷² « Article 15 – Procédure budgétaire

15.1 *Le Conseil des gouverneurs, statuant sur proposition du Directoire élaborée conformément aux principes définis par celui-ci, adopte, avant la fin de chaque exercice, le budget de la BCE pour l'exercice suivant.*

15.2 *Pour l'assister dans l'examen des questions se rapportant au budget de la BCE, le Conseil des gouverneurs crée un Comité budgétaire, dont il définit le mandat et la composition.*

Article 16 – Présentation de rapports et comptes annuels

16.1 *L'adoption du rapport annuel prévu à l'article 15.3 des statuts relève de la compétence du Conseil des gouverneurs.*

16.2 *Le Directoire reçoit délégation pour adopter et publier les rapports trimestriels prévus à l'article 15.1 des statuts, la situation financière hebdomadaire consolidée du SEBC visée à l'article 15.2 des statuts et le bilan consolidé du SEBC prévu à l'article 26.3 des statuts ainsi que les autres rapports.*

16.3 *Le Directoire établit, conformément aux principes définis par le Conseil des gouverneurs, les comptes annuels de la BCE avant la fin du premier mois de l'exercice budgétaire suivant. Les comptes sont soumis au commissaire aux comptes extérieur.*

16.4 *Le Conseil des gouverneurs adopte les comptes annuels de la BCE avant la fin du premier trimestre de l'exercice suivant. Le rapport du commissaire aux comptes extérieur est soumis au Conseil des gouverneurs préalablement à leur adoption. »*

Conseil des gouverneurs »⁷³. De telles règles comptables ont été arrêtées par une décision du Conseil des gouverneurs de la BCE du 1er décembre 1998⁷⁴.

3.4 Indépendance personnelle

95 Ni l'indépendance institutionnelle ni l'indépendance financière ne seraient protégées efficacement si l'indépendance personnelle des membres des organes de décision de la BCE n'était pas pleinement garantie. Une telle garantie est assurée par la procédure contraignante selon laquelle les membres du Directoire sont choisis⁷⁵ et par les conditions régissant leur mandat et leur éventuelle démission d'office⁷⁶. Il en va de même pour les autres membres du Conseil des gouverneurs, qui, en tant que gouverneurs des BCN, ont un mandat d'une durée d'au moins 5 ans, et qui ne peuvent être démis de leurs fonctions qu'en cas de faute grave ou lorsqu'ils ne remplissent plus les conditions d'indépendance posées par le traité CE⁷⁷. La démission définitive d'un membre du Directoire ne peut être décidée que par la Cour de justice, à la requête du Conseil des gouverneurs ou du Directoire⁷⁸. Dans le cas de la démission d'un gouverneur d'une BCN par les autorités nationales, la décision définitive relève également de la Cour de justice, seule compétente, sur la base des statuts, pour connaître d'un recours direct intenté par une personne physique contre un acte national⁷⁹.

3.5 Audit et contrôles au sein de la BCE

3.5.1 Audit et contrôles institués par les statuts de la BCE

96 Les statuts⁸⁰ prévoient deux niveaux de contrôle : les commissaires aux comptes extérieurs et la Cour des comptes.

97 Les commissaires aux comptes extérieurs doivent être indépendants. Ils sont désignés sur recommandation du Conseil des gouverneurs et agréés par le Conseil.

98 La Cour des comptes est compétente pour réaliser « un examen de l'efficience de la gestion de la BCE ». Cette disposition démontre l'indépendance financière de la BCE, qui constitue le fondement de l'exemption des compétences normales de la Cour des comptes, qui sont applicables à « tout organisme créé par la Communauté »⁸¹.

3.5.2 Audit et contrôles institués par le Conseil des gouverneurs

99 En application des pouvoirs d'organisation autonome de la BCE, le Conseil des gouverneurs a ajouté deux autres niveaux de contrôle : la direction de l'audit interne (« D-IA »), qui rend

⁷³ Article 26.2 des statuts.

⁷⁴ Modifiée par la décision du Conseil des gouverneurs du 15.12.1999.

⁷⁵ Article 112, paragraphe 2 sous (b), CE et article 11 des statuts.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Articles 10 et 14 des statuts.

⁷⁸ Article 11.4 des statuts.

⁷⁹ Article 14.2 des statuts.

⁸⁰ Article 27 des statuts.

⁸¹ Article 248 CE.

compte directement au président, et le comité antifraude qui est une structure indépendante. Ce deuxième niveau sera décrit séparément ci-dessous, de manière plus détaillée.

- 100 Le mandat de la D-IA a été arrêté par un acte juridique interne : la circulaire administrative 4/99 sur la Charte d'audit de la BCE adoptée le 23 février 1999, et révisée le 12 octobre 1999. Des extraits de cette Charte d'audit de la BCE sont insérés ci-dessous montrant l'indépendance fonctionnelle et la compétence globale de la D-IA :

« Statut

La D-IA est une unité indépendante d'expertise instituée au sein de la BCE pour examiner et évaluer ses activités. Elle fonctionne sous la responsabilité directe du président de la BCE, ce qui lui garantit de pouvoir travailler librement et objectivement.

La D-IA est indépendante des activités qu'elle contrôle et les auditeurs internes n'ont pas d'autorité ou de responsabilité directe dans les activités contrôlées. Par conséquent, la D-IA ne prépare pas de dossiers pour des activités qu'elle devrait normalement contrôler ou apprécier, et ne s'engage pas non plus dans ces dernières.

Responsabilités

Domaines d'application de cette fonction : toutes les unités de l'institution peuvent être soumises à un audit interne.

La D-IA est autorisée à contacter tout le personnel et à accéder à tous les dossiers et biens matériels jugés nécessaires à l'accomplissement des audits. Le président est informé immédiatement de toute tentative d'entrave de la D-IA dans l'accomplissement de ses missions. L'auditeur doit respecter les règles de la profession sur les pratiques éthiques et en particulier doit garantir la confidentialité des informations accumulées durant les audits.

De plus, la D-IA de la BCE contribue, conformément à la Politique d'audit du SEBC, à la révision des activités au niveau du SEBC. Dans le cadre du comité des auditeurs internes, elle fait des propositions pour la définition des normes d'audit devant être appliquées aux infrastructures communes du SEBC.

Conformément au cadre institué par la décision de la BCE sur la prévention de la fraude, la D-IA de la BCE est chargée d'enquêter et de rendre compte sur les affaires de fraude, ainsi que sur la conformité avec les codes de conduite à respecter par le Directoire et tous les membres du personnel de la BCE. La D-IA rend compte des affaires de fraude au comité antifraude visé dans cette décision. »

- 101 Ceci signifie que le champ des fonctions de la D-IA ne fait pas l'objet de restrictions, et comprend la responsabilité d'enquêter et de rendre compte sur des questions de fraude, y compris à l'égard des membres du Directoire et du personnel de la BCE.
- 102 La Charte d'audit de la BCE et la Politique d'audit du SEBC (voir annexes 4, A et B) visent des normes d'audit professionnelles qui sont applicables dans le monde entier, et adoptent en outre une approche extensive de la lutte contre la fraude. On mentionnera plus particulièrement⁸² :
- Les Normes pour la pratique professionnelle de l'audit interne, établies par l'Institut des auditeurs internes, donnent des indications claires sur la création et la gestion d'une fonction d'audit interne. Elles comprennent des exigences concernant l'*indépendance* de l'audit interne, la *compétence* des auditeurs internes, l'*étendue* du travail d'audit interne, l'exécution des missions d'audit interne et la gestion d'un service d'audit interne. L'application de ces normes garantit que la D-IA bénéficie d'une fonction d'expertise indépendante, examinant et évaluant les diverses activités de la BCE de manière efficace et compétente. C'est dans la norme n° 280 sur la « conscience professionnelle » que la définition de la fraude et la typologie de la lutte contre la fraude sont considérés en détail⁸³.
 - Les normes professionnelles arrêtées par la Fédération internationale des comptables (« IFAC »), comprennent :
 - un code d'éthique pour les comptables professionnels où les principes d'intégrité, objectivité et indépendance sont précisés de manière très détaillée, avec des règles supplémentaires sur l'application et l'exécution ;
 - un code sur les normes internationales d'audit (« ISA ») et les instructions internationales d'audit (« IAPS »), pleinement actuel dans le monde entier depuis 1994. Il comprend un chapitre sur la fraude et l'erreur qui, après avoir défini la « fraude » d'une manière très détaillée, établit plusieurs normes pour la profession d'audit, telles que :

⁸² La D-IA applique des normes internationales supplémentaires pour les audits spéciaux ; notamment, les normes approuvées par l'Association du contrôle et de l'audit des systèmes d'information (« ISACA »).

⁸³ Certains paragraphes énoncent que : « *En exerçant avec conscience, les auditeurs internes seront attentifs aux risques de fautes intentionnelles [...].* » « *Les auditeurs internes doivent aider[...] à prévenir les risques de fraudes en évaluant la pertinence et l'efficacité des mesures de contrôle interne [...].* » « *La détection des fraudes consiste à rechercher l'existence d'indices de fraudes suffisants pour justifier la recommandation d'une investigation.* »

- « Lors de [...] la réalisation des procédures d'audit [...] l'auditeur doit prendre en compte le risque d'anomalies significatives dans les états financiers provenant d'une fraude [...]. » (point 2)
- « Lors de la planification de l'audit, l'auditeur doit évaluer le risque qu'une fraude [...] conduise[...] à des anomalies significatives [...]. » (point 7)
- « [l'auditeur] doit interroger la direction sur toute fraude [...] qui aurait été détectée. » (point 7)
- « [...] l'auditeur doit définir des procédures d'audit permettant d'obtenir une assurance raisonnable que les anomalies [...] provenant de fraudes [...] seront détectées. » (point 9)
- « [...] l'auditeur doit planifier et conduire l'audit en faisant preuve d'esprit critique et en étant conscient que des circonstances et des événements laissant à supposer l'existence d'une fraude [...] peuvent être détectés. » (point 13)
- « L'auditeur doit mesurer les répercussions d'une fraude [...] sur les autres aspects de l'audit, notamment sur la fiabilité des déclarations de la direction. » (point 18)
- « L'auditeur doit communiquer à la direction le résultat de ses investigations⁸⁴ dans les meilleurs délais si (a) l'auditeur suspecte l'existence d'une fraude, même si l'effet potentiel sur les états financiers est négligeable ou si (b) une fraude ou une erreur significative a effectivement été décelée. » (point 19)
- « Si l'auditeur n'est pas à même de déterminer si une fraude ou une erreur s'est produite du fait des limites imposées par les circonstances et non par l'entité, l'auditeur doit en tirer les conséquences dans son rapport. » (point 23)

103 Ce qui précède démontre que les contrôles sur la fraude au sein de la BCE sont suffisants, trois niveaux d'audit ayant été mis en place : l'audit interne, l'audit externe et (à titre secondaire) la Cour des comptes. A ceux-ci s'ajoute maintenant le nouveau comité antifraude de la BCE.

104 Enfin, la fraude au sein du SEBC est de même sujette à des mécanismes de contrôle. Le SEBC partage des procédures et systèmes communs et échange des données. Afin d'assurer que les systèmes correspondants et les risques de procédure soient couverts par l'audit, ce qui ne peut être assuré de manière exhaustive au niveau local, le Conseil des gouverneurs a institué un cadre pour l'audit interne du SEBC. Le forum compétent est le comité des auditeurs internes (« IAC »), où la coopération des fonctions d'audit interne de la BCE et des BCN est organisée. L'IAC est institué sur la base de l'article 9 du règlement intérieur de la BCE, et la coordination

⁸⁴

Suivant la décision de la Banque centrale européenne du 7 octobre 1999 sur la prévention de la fraude, JO L 291, 13.11.1999, p. 36, et la Charte d'audit de la BCE, dans le cas de la BCE la communication devrait être adressée par la D-IA au comité antifraude plutôt qu'à la direction.

des fonctions d'audit interne au sein du SEBC est détaillée plus avant dans la Politique d'audit du SEBC⁸⁵. La Politique d'audit du SEBC a été approuvée par le Conseil des gouverneurs.

- 105 L'IAC coordonne la réalisation d'audits sur des projets communs et composantes communes des systèmes du SEBC dans le cadre des principes et normes d'audit généralement admis des instituts professionnels concernés⁸⁶. L'application de tels principes et normes assure l'adoption d'une approche extensive de la lutte contre la fraude par la réalisation d'audits au niveau du SEBC.
- 106 Conformément à la Politique d'audit du SEBC, l'IAC établit des plans d'audit annuels, qui précisent les enquêtes à accomplir dans une année donnée. Ces plans sont élaborés en sus des plans d'audit locaux, et prennent en compte les risques qui peuvent survenir au niveau du SEBC. Le plan d'audit de l'IAC doit être soumis au Conseil des gouverneurs pour endossement, par l'intermédiaire du Directoire. La sélection prévue des domaines à couvrir par le plan d'audit de l'IAC permet à ce dernier d'aborder la lutte contre la fraude au niveau du SEBC d'une manière structurée.
- 107 La réalisation d'enquêtes spéciales (parmi lesquelles figurent les affaires de fraude) est reconnue dans la Politique d'audit du SEBC comme une mission de la fonction d'audit interne. Au niveau du SEBC, de telles enquêtes spéciales peuvent être ordonnées à tout moment, sous la coordination de l'IAC, par le Conseil des gouverneurs ou, après consultation du gouverneur de la BCN concernée, par le président. La présentation de rapports par l'IAC a pour objet de fournir au Conseil des gouverneurs une évaluation globale de l'infrastructure commune du SEBC, par l'intermédiaire du Directoire. Ces rapports peuvent également comprendre des recommandations d'endossement par le Conseil des gouverneurs et de mise en œuvre au sein des BCN et de la BCE. La coopération des fonctions d'audit interne des BCN et de la BCE organisée par l'IAC garantit l'adoption d'une approche extensive dans la lutte contre la fraude au niveau du SEBC.

D. LES ACTES JURIDIQUES DE LA BCE CONCERNANT LA PRÉVENTION DE LA FRAUDE

1. La décision litigieuse

1.1 Fondement juridique

- 108 Le fondement juridique de la décision litigieuse est constitué par l'article 12.3 des statuts, qui établit des pouvoirs d'organisation autonome. Le Conseil des gouverneurs a fondé la décision de créer un comité antifraude sur la même disposition juridique que celle qui a également

⁸⁵ La Politique d'audit du SEBC est l'équivalent de la Charte d'audit de la BCE au niveau du SEBC. Elle définit le rôle, les missions, les objectifs et les lignes de compte-rendu des auditeurs internes de la BCE et des BCN ainsi que leurs rapports avec les commissaires aux comptes extérieurs, pour ce qui concerne les projets communs et composantes communes des systèmes du SEBC.

⁸⁶ Principes et normes des instituts professionnels concernés comme l'Institut des auditeurs internes (« IIA »), l'IFAC et l'ISACA.

permis la création du règlement intérieur de la BCE et des 13 comités visés au point 72 ci-dessus.

1.2 Motivation

- 109 Un fait doit être immédiatement souligné : le préambule de la décision litigieuse n'indique aucunement que sa motivation est de mettre en œuvre l'article 4 du règlement. D'autre part, l'intention de participer au nouvel élan donné par les autres entités européennes à la lutte contre la fraude⁸⁷ est clairement indiquée.
- 110 La décision litigieuse a été immédiatement notifiée au Conseil (ECOFIN), qui a enregistré dans ses conclusions⁸⁸ que la BCE n'avait pas encore émis de décision en application de l'article 4 du règlement. Le président du Conseil a écrit au président de la BCE, se félicitant de la décision litigieuse ainsi que de son objet déclaré de s'unir à l'engagement commun de lutte contre la fraude, tout en incitant la BCE à émettre une décision en vertu de l'article 4 du règlement sur l'OLAF⁸⁹.
- 111 Ceci montre que ni la BCE ni le Conseil n'ont considéré la décision litigieuse de la BCE comme la mise en œuvre de l'article 4 du règlement.
- 112 Les paragraphes 3 et 6 du préambule de la décision litigieuse reflètent le caractère statutaire de l'indépendance financière de la BCE en soulignant la séparation des intérêts financiers que la décision litigieuse entend protéger : il ne s'agit pas des intérêts financiers de la Communauté, mais de ceux de la BCE.

1.3 Indépendance et caractère exécutif du comité antifraude

- 113 L'indépendance des membres du comité antifraude est garantie par les paragraphes 3, 4, 5 et 6 de l'article 1 de la décision litigieuse.
- 114 Par contraste avec le dispositif antifraude de la Commission, où le comité de surveillance n'a pas de fonctions exécutives mais seulement une mission de contrôle, le dispositif antifraude de la BCE donne au comité antifraude un rôle permanent : les articles 1, paragraphe 2, et 7 octroient au comité antifraude une fonction continue.

⁸⁷ Voir en particulier les paragraphes 1, 2, 5, 7 et 9 de la décision.

⁸⁸ Minutes du 2205^{ème} Conseil ECOFIN, 8.10.1999, n° 11649/99 : « 7. [...] Le Conseil regrette qu'à ce jour la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement n'aient ni adhéré à l'accord interinstitutionnel, ni pris la décision prévue à l'article 4 du règlement n° 1073/99. » Et « 8. [Le Conseil] se félicite de ce que la Banque a déclaré vouloir renforcer la lutte contre la fraude. Il constate toutefois qu'aucune mesure n'a encore été arrêtée pour mettre en œuvre les dispositions communautaires relatives à l'OLAF. Le Conseil demande que toutes les dispositions nécessaires soient prises sans plus tarder, notamment la décision appelée par l'article 4 du règlement n° 1073/99. »

⁸⁹ Lettre du président du Conseil de l'Union européenne, M. Sauli Niinistö, au président de la BCE, M. Wim Duisenberg, en date du 16 novembre 1999 (annexe 5).

1.4 Relations avec l'OLAF

115 La décision litigieuse n'ignore cependant pas le dispositif antifraude mis en place par la Communauté. L'article 1, paragraphe 9 de la décision litigieuse établit des relations de coopération avec l'OLAF et prévoit une décision complémentaire de la BCE. Le paragraphe est délibérément laissé ouvert pour permettre de convenir avec l'OLAF du contenu de base de la décision complémentaire. Ce sont seulement des considérations de circonstance, à savoir l'existence de la présente requête devant la Cour, qui ont retardé tout contact ultérieur ainsi que l'adoption de la décision complémentaire.

2. Autres actes juridiques de la BCE concernant la prévention de la fraude

2.1 Décision de la Banque centrale européenne du 7 octobre 1999 portant modification du règlement intérieur de la Banque centrale européenne (BCE/1999/6)⁹⁰

116 En même temps que la décision litigieuse, le Conseil des gouverneurs a adopté la décision BCE/1999/6 modifiant le règlement intérieur de la BCE. Cette révision du règlement intérieur existant était nécessaire pour permettre la création d'un comité qui, à la différence de tout autre comité institué par les organes de décision de la BCE, soit indépendant. Sa motivation souligne l'intention de créer une structure indépendante⁹¹. Un nouvel article 9 A a été inséré dans le règlement intérieur :

« Le Conseil des gouverneurs peut décider d'instituer un comité indépendant chargé de la prévention de la fraude au sein de la BCE. »

2.2 Décision de la Banque centrale européenne du 16 novembre 1999 portant nomination des membres du comité antifraude de la Banque centrale européenne (BCE/1999/8)⁹²

117 La décision litigieuse a été suivie par une décision du Conseil des gouverneurs nommant les membres du comité antifraude. Ont été nommées, avec un mandat protégé d'une durée de trois ans, les personnalités suivantes :

- Monsieur le Juge John L. Murray, de la Cour suprême d'Irlande, président du comité antifraude ; il a été *Attorney General* d'Irlande, juge de la Cour de justice, et membre du *Council of State* irlandais ;
- Madame Maria Schaumayer, ancien gouverneur de la Banque nationale d'Autriche entre 1990 et 1995 ;
- Monsieur Erik Ernst Nordholt, commissaire de la police d'Amsterdam pendant 10 ans et actuellement conseiller principal auprès du Ministère de l'intérieur néerlandais.

⁹⁰ Voir *supra* note n° 71.

⁹¹ Considérant 2 de la décision de la BCE du 7 octobre 1999 : « [...] il est nécessaire que le comité antifraude puisse accomplir sa mission de manière indépendante au sein de la BCE. »

⁹² JO L 299, 20.11.1999, p. 40.

III. EN DROIT

118 La BCE fait valoir que la requête doit être rejetée car manifestement dénuée de fondement :

- en l'absence de tout fondement pour agir en vertu de l'article 230 CE : la décision litigieuse ne s'oppose en aucune manière au règlement, et serait donc exempte de tout vice d'illégalité, même si le règlement était applicable à la BCE ;
- au motif que le règlement n'est pas applicable à la BCE, de sorte que la question de la compatibilité de la décision litigieuse avec le règlement est sans objet.

PREMIER MOYEN : Absence de fondement pour agir en vertu de l'article 230 CE

119 La Commission a intenté son recours sur le fondement de l'article 230 CE et non de l'article 232 CE. Elle soutient que la décision litigieuse est contraire au règlement à deux égards. Cependant, la BCE fait valoir qu'aucun de ces arguments n'est fondé.

1. « Négation » des pouvoirs de l'OLAF

120 Le premier argument concerne le considérant 8 et l'article 2 de la décision litigieuse. Le considérant 8 rappelle que la lutte contre la fraude et les autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE est une fonction essentielle de la D-IA et que cette direction est chargée d'effectuer des enquêtes administratives à cette fin. L'article 2 stipule :

« 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. »

Cela, selon les termes de la Commission, « constitue une négation pure et simple du pouvoir de l'OLAF d'effectuer des enquêtes internes au sein de la BCE et en réalité de l'applicabilité du règlement [...] à la BCE »⁹³.

121 La BCE ne partage pas cette affirmation. Comme l'usage de l'indicatif le montre clairement, le considérant 8 comme l'article 2 sont déclaratoires quant à la situation existante en vertu des arrangements internes de la BCE, indépendamment de la décision. Le fait que la lutte contre la fraude et d'autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE figure parmi les responsabilités de la direction de l'audit interne, est tout à fait conforme aux normes internationales des pratiques d'audit interne⁹⁴. Le nouvel élément apporté par la décision est

⁹³ Requête, point 4.3.1.

⁹⁴ Voir la codification des normes émise par l'Institut des auditeurs internes.

l'accroissement de l'indépendance des activités de la direction de l'audit interne dans les affaires de fraude, par la création du comité antifraude et par l'obligation imposée à la direction de lui rendre compte. En améliorant ainsi sa capacité à lutter contre la fraude, la BCE n'a rien entrepris qui soit contraire au règlement.

- 122 Il doit en être ainsi, car le règlement ne confère pas à l'OLAF un monopole dans la lutte contre la fraude. Le fait que la décision litigieuse ait été adoptée par la BCE, renforçant ainsi le mécanisme existant pour protéger ses intérêts financiers, ne saurait en lui-même constituer une violation du règlement.
- 123 La Commission entend souligner que « des enquêtes dans le cadre de la lutte contre la fraude sont d'une nature tout à fait différente des activités d'audit »⁹⁵. Son argumentation semble être que, tandis que les activités d'audit peuvent être destinées à identifier, entre autres, des irrégularités, les enquêteurs en matière de fraude ont une fonction spécifique, sur laquelle ils concentrent tous leurs efforts.
- 124 Pour sa part, la BCE n'a aucune raison de douter que la mission d'enquêter et de rendre compte sur la fraude et d'autres types de comportements illégaux prenne naturellement place dans le cadre des autres fonctions liées à la pratique de l'audit interne. En effet, un dispositif d'audit interne organisé, comme celui de la BCE, sur la base de la codification de normes émises par l'Institut des auditeurs internes⁹⁶, tandis qu'il fournit les garanties nécessaires d'indépendance, a des chances d'être particulièrement efficace pour dévoiler les irrégularités, parce que ceux qui effectuent l'enquête ont une parfaite connaissance du caractère particulier de l'entité concernée : il s'agit d'une considération de poids dans un domaine aussi spécialisé que celui des opérations d'une banque centrale. En effet, c'est plutôt l'OLAF qui constitue l'exception. Il est rare pour de grandes organisations de bénéficier de dispositifs antifraude spécifiques, étant donné que la fonction d'audit interne comprend déjà la mission de détecter la fraude et d'enquêter sur cette dernière.
- 125 Quoi qu'il en soit, l'argument de la Commission est contradictoire. S'il était vrai que la responsabilité de la direction de l'audit interne était complètement différente de la mission confiée à l'OLAF en vertu du règlement, alors à l'évidence il n'y aurait aucune incompatibilité entre l'une et l'autre.

2. Défaut de mise en œuvre de « l'obligation » imposée par l'article 4, paragraphe 6 du règlement

- 126 Le second argument de la Commission concerne les deux éléments qui, selon l'article 4, paragraphe 6 du règlement, devraient figurer dans toute décision adoptée en application du deuxième alinéa de l'article 4, paragraphe 1, à savoir les règles relatives :

⁹⁵ Requête, point 4.3.1.

⁹⁶ Voir point 102, ci-dessus.

« (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. »

127 La décision litigieuse, selon la Commission, ne prend aucune disposition pour la mise en œuvre des « obligations de l'article 4, paragraphe 6 »⁹⁷. Elle indique, en particulier, que les « obligations des fonctionnaires de la banque d'informer de toute fraude sont prévues en faveur de la direction de l'audit interne et du comité antifraude instauré par la décision et non pas à l'égard de l'OLAF [...] ». Pour confirmer plus avant le non-respect de la BCE, dans la décision, de son « obligation » alléguée en vertu de l'article 4, paragraphe 6, la Commission remarque que « le seul point de contact entre les deux régimes prévu par la décision de la BCE est que le comité antifraude de la BCE, composé de trois personnalités extérieures indépendantes, est chargé des relations avec le comité de surveillance de l'OLAF » ; et que, comme prévu par l'article 1, paragraphe 9 de la décision, de telles relations « sont régies par les principes énoncés par une décision de la BCE [...] »⁹⁸.

128 Pour répondre à cet argument, la BCE note, tout d'abord, que les institutions, organes etc. auxquels le règlement est applicable n'ont pas été expressément soumis à une obligation de mise en œuvre de l'article 4, paragraphe 6. La BCE se permet d'attirer l'attention de la Cour sur les termes de l'article 4, paragraphe 1, deuxième alinéa, relatif à la procédure à suivre dans les enquêtes internes effectuées par l'OLAF :

« 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. »

129 On peut voir que l'obligation imposée par la première phrase de l'alinéa revient à l'OLAF et ses agents ; alors que celle imposée par la deuxième phrase, bien qu'elle soit en effet adressée aux « institutions », leur demande simplement de « se concert[er] sur le régime à établir par une telle décision ». Ainsi donc il n'est pas expressément prévu que des décisions de mise en œuvre doivent être adoptées par les institutions, organes, etc. auxquels le règlement est applicable : une interprétation pleinement conforme à la formulation de l'alinéa consisterait à dire qu'ils sont libres de s'abstenir d'adopter une telle décision et qu'ils peuvent se fier aux traités (y compris aux principes généraux du droit reconnus par la Cour de justice), au statut et au règlement lui-

⁹⁷ Requête, point 4.3.2.

⁹⁸ Requête, point 4.3.3.

même. On note en outre qu'aucun délai n'est fixé pour l'adoption de décisions de mise en œuvre.

- 130 Que le règlement n'impose pas lui-même une obligation d'adopter des décisions de mise en œuvre est corroboré par le fait qu'une disposition ayant précisément cet objet a été incluse au point 2 de l'accord interinstitutionnel du 25 mai 1999. La BCE rappelle qu'elle n'est pas elle-même partie à l'accord.
- 131 De toute façon, le point central de l'argumentation de la Commission aux points 4.3.2 et 4.3.3 de la requête est que la décision litigieuse ne saurait être considérée comme une mesure de mise en œuvre au sens de l'article 4, paragraphe 1 ou article 4, paragraphe 6 du règlement ; et sur ce point, les parties sont entièrement d'accord. En adoptant la décision litigieuse le 7 octobre 1999, la BCE n'a pas prétendu statuer en application du règlement, comme les considérants le montrent clairement. L'objectif de la BCE était de répondre à l'impératif de lutte contre la fraude de la manière qui semblait la mieux adaptée au rôle et aux fonctions qui lui ont été attribués dans l'ordre institutionnel créé par le traité CE. Elle l'a fait en accroissant et en renforçant l'indépendance de la direction de l'audit interne, dont les missions comprenaient déjà la lutte contre la fraude et les autres activités illégales, en requérant qu'elle rende compte directement de telles questions à un comité spécialement institué à l'extérieur de la BCE, composé de personnalités hautement qualifiées et d'une intégrité irréprochable.
- 132 La BCE observe que sa propre compréhension de la portée juridique de l'adoption de la décision litigieuse est partagée par le Conseil de l'Union européenne. Comme indiqué au point 110 ci-dessus, la décision litigieuse a été notifiée immédiatement au Conseil (ECOFIN), qui a enregistré dans ses conclusions que la BCE n'avait pas encore adopté de décision mettant en œuvre l'article 4, paragraphe 6 du règlement. Le président du Conseil a écrit au président de la BCE, se réjouissant de la décision, qui prouve l'engagement de celle-ci dans la cause commune de lutte contre la fraude ; en même temps, cependant, il a exhorté la BCE à adopter une décision en application de l'article 4, paragraphe 6.
- 133 On remarque encore que la décision litigieuse a été prise par le Conseil des gouverneurs de la BCE sur la base de l'article 12.3 des statuts, sur proposition du Directoire, et après avoir obtenu l'avis des représentants du personnel de la BCE. Toutes les conditions juridiques nécessaires à l'adoption valable d'un acte d'organisation interne qui touche aux intérêts des membres du personnel de la BCE ont été dûment respectées.

3. Conclusion du premier moyen

- 134 Pour résumer ce premier moyen : la décision litigieuse ne contredit pas le règlement. La BCE a pris des mesures, indépendamment du règlement, pour s'armer plus efficacement dans la lutte contre la fraude. Aucune disposition du règlement ne peut être interprétée comme l'empêchant de le faire : le mandat de l'OLAF de lutter contre la fraude n'est pas exclusif. Que, en n'ayant pas mis en œuvre l'article 4, paragraphe 6 du règlement, la BCE puisse avoir violé une

obligation d'agir en vertu du traité (ce qui est contesté), est une question tout à fait différente, qui ne saurait être soulevée dans un recours fondé sur l'article 230 CE.

- 135 En conséquence, la BCE fait valoir que, même en supposant que le règlement lui soit applicable, la Commission n'a fourni aucun élément tendant à établir l'illégalité de la décision litigieuse.

SECOND MOYEN : Le règlement n'est pas applicable à la BCE

- 136 En outre, il est avancé que, si on l'interprète correctement, le règlement devrait être entendu comme n'étant pas applicable à la BCE.

- 137 A ce propos, la BCE remarque que, selon les termes de la Cour de justice, « Il est [...] de jurisprudence établie que, lorsqu'un texte de droit dérivé communautaire est susceptible de plus d'une interprétation, il convient de donner préférence à celle qui rend la disposition conforme au traité plutôt qu'à celle conduisant à constater son incompatibilité avec celui-ci »⁹⁹. La BCE alléguera que, pour les motifs exposés ci-dessous, si le législateur communautaire avait eu l'intention d'appliquer le règlement à la BCE, il aurait été illégal. Cependant, la formulation du règlement permet une interprétation qui évite ce résultat, et doit en conséquence être interprété en ce sens.

- 138 La Commission consacre quelques neuf pages de sa requête à réfuter la revendication alléguée de la BCE d'être « une organisation autonome par rapport à la Communauté européenne »¹⁰⁰. L'objectif avoué de l'analyse de la Commission est d'établir « que le statut particulier de la BCE est fonctionnel et limité à ce qui est nécessaire pour l'accomplissement de ses tâches particulières »¹⁰¹. A cette fin, les éléments invoqués par la Commission sont les suivants :

- a) *La disposition de l'article 8 CE selon laquelle le SEBC et la BCE « agissent dans les limites des pouvoirs qui leur sont conférés par le présent traité et les statuts[...] » ; et celle de l'article 105, paragraphe 1 CE selon laquelle « [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. »*¹⁰²

La Commission conclut que « les activités du SEBC et de la BCE, comme celles des autres institutions, organes et organismes communautaires, s'inscrivent dans la poursuite des mêmes objectifs, c'est-à-dire ceux de la Communauté ».

Cette analyse est, dans une certaine mesure, trompeuse, puisqu'elle omet de mentionner que l'article 105 impose au SEBC le maintien de la stabilité des prix comme « objectif

⁹⁹ Affaire C-135/93, Espagne/Commission [1995] Rec. 1651, au § 37.

¹⁰⁰ L'expression se trouve dans la requête, point 4.1.14.

¹⁰¹ Requête, point 4.1.4.

¹⁰² *Ibid.*

principal ». Pour la Communauté, par contre, le maintien de la stabilité des prix est seulement un objectif (voir article 4 CE) parmi de nombreux autres.

- b) *Plusieurs dispositions du traité CE et des statuts qui, selon la Commission, « démontrent que le SEBC et la BCE ne sont nullement soustraits à une intervention éventuelle du législateur communautaire ».*

Les dispositions visées par la Commission sont les suivantes :

- L'article 107, paragraphe 5 CE autorisant la modification de certaines dispositions des statuts¹⁰³ ;
- L'article 107, paragraphe 6 CE autorisant l'adoption d'une « législation complémentaire » au sens de l'article 42 des statuts¹⁰⁴ ;
- L'article 105, paragraphe 6 CE autorisant l'attribution à la BCE, en plus de la liste de ses missions fondamentales inscrites au paragraphe 2 de l'article, de « 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 »¹⁰⁵ ;
- L'article 111, paragraphes 1 à 4 CE autorisant certaines activités pour ce qui concerne les relations extérieures dans le domaine monétaire¹⁰⁶ ;
- Les dispositions de l'article 110, paragraphe 1, premier tiret CE, autorisant l'extension du pouvoir de la BCE d'arrêter des règlements, à des questions qui peuvent faire l'objet d'une « législation complémentaire » en vertu de l'article 107, paragraphe 6 CE ; et le paragraphe 3 du même article autorisant l'adoption de « limites et [...] conditions », en vertu de la procédure prévue à l'article 107, paragraphe 6 CE, au droit de la BCE d'infliger aux entreprises des amendes et des astreintes pour non-respect de ses règlements et décisions¹⁰⁷.

La BCE constate que tous ces fondements juridiques exprès de l'action du législateur communautaire se trouvent dans le chapitre sur la politique monétaire du traité CE.

- (c) *L'application à la BCE, comme prévu par l'article 291 CE, du protocole sur les privilèges et immunités des Communautés*¹⁰⁸.

La Commission remarque, en particulier, que, en application du règlement CE n° 1197/98 du Conseil, l'impôt institué au profit des Communautés européennes a été étendu aux traitements, salaires et émoluments des membres du Conseil des gouverneurs, du Directoire et du personnel de la BCE.

¹⁰³ Requête, point 4.1.5.
¹⁰⁴ Requête, point 4.1.6.
¹⁰⁵ Requête, point 4.1.7.
¹⁰⁶ Requête, point 4.1.8.
¹⁰⁷ Requête, point 4.1.9.
¹⁰⁸ Requête, point 4.1.10.

(d) *Le pouvoir de la Cour des comptes d'examiner l'efficacité de la gestion de la BCE*¹⁰⁹.

Les comptes de la BCE et des BCN sont vérifiés par des commissaires aux comptes extérieurs indépendants, comme prévu par l'article 27 des statuts. La Cour des comptes ne conserve donc qu'un rôle secondaire. Ceci marque également une différence importante avec d'autres organes communautaires qui sont liés au budget communautaire, et, en raison de ce lien, soumis au plein pouvoir de contrôle de la Cour des comptes.

(e) *La participation du Parlement européen aux procédures législatives en vertu de l'article 107, paragraphes 5 et 6 CE, ainsi qu'à la nomination du Directoire de la BCE, comme prévu par l'article 112, paragraphe 2, sous (b) CE ; également, l'obligation, à l'article 113, paragraphe 3 CE, pour la BCE d'adresser un rapport annuel au Parlement, et la possibilité pour les membres du Directoire d'être entendus par les commissions parlementaires compétentes*¹¹⁰.

(f) *Dernièrement, mais non par ordre d'importance, la soumission de la BCE au contrôle juridictionnel de la Cour de justice*¹¹¹.

139 L'entièreté de cette longue section de la requête est apparemment fondée sur une idée fautive. La BCE ne prétend pas exister dans un monde juridique distinct de la Communauté. Il n'est pas besoin de rappeler que le Conseil et le Parlement européen, agissant conformément à la procédure applicable selon le cas en vertu du traité, disposent de certains pouvoirs dans le domaine de la politique économique et monétaire ; non plus que l'efficacité de la propre gestion de la BCE est soumise à l'examen de la Cour des comptes ; non plus, en particulier, que les activités de la BCE doivent, dans une communauté de droit, être soumises à l'examen minutieux de la Cour de justice¹¹².

140 D'ailleurs, il n'est pas non plus soutenu que le pouvoir du législateur communautaire, au titre des questions qui relèvent des domaines de compétence de la BCE, soit strictement limité aux bases juridiques expressément prévues dans le titre sur la politique monétaire, qui sont visées par la Commission. La législation adoptée en vertu des pouvoirs généraux du traité CE peut, dans un cas approprié, concerner de telles questions, à condition que le droit primaire régissant les missions et prérogatives de la BCE soit pleinement respecté. Un exemple d'une telle mesure réside dans la directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998, concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres¹¹³, dont l'article 100 A du traité CE (devenu article 95 CE) constitue la base juridique. La protection accordée par l'article 9 de la directive aux titulaires de garanties contre les effets de l'insolvabilité de la partie ayant constitué les garanties, est énoncée comme

¹⁰⁹ Requête, point 4.1.11.

¹¹⁰ Requête, point 4.1.12.

¹¹¹ Requête, point 13.

¹¹² L'affirmation au point 4.1.14 de la requête, selon laquelle l'indépendance de la BCE « n'est que fonctionnelle et limitée à l'accomplissement de ses tâches particulières » est abordée ci-dessous, aux points 174 à 181 du présent mémoire en défense.

¹¹³ JO L 166 du 11.6.1998, p.45.

s'étendant aux « [...] droits [...] des banques centrales des États membres ou de la future Banque centrale européenne sur les garanties constituées en leur faveur [...] »¹¹⁴. L'IME a été consulté sur le projet de directive, a bien accueilli cette disposition dans l'ensemble et n'a jamais contesté le pouvoir du Conseil de légiférer sur une question concernant la BCE et les BCN.

- 141 L'argumentation de la BCE dans le cadre de ce second moyen de défense est fondée sur des considérations spécifiques au règlement.

Il est relevé que, s'il était applicable à la BCE, le règlement serait illégal pour les motifs suivants :

- La base juridique du règlement est l'article 280, paragraphe 4 CE. Interprété correctement, à la lumière de son contenu et de son objet, ainsi que de son contexte dans le traité, cet article ne permet pas l'adoption par le législateur communautaire de mesures applicables à la BCE.
- La procédure qui a été suivie pour l'adoption du règlement n'a pas respecté la condition de l'article 105, paragraphe 4, premier tiret, CE, selon laquelle la BCE doit être consultée sur tout acte communautaire proposé dans les domaines relevant de sa compétence.
- L'imposition à la BCE, par le législateur communautaire, d'un système d'enquêtes administratives du type autorisé par le règlement empiéterait sur la garantie d'indépendance prévue par l'article 108 CE.
- Obliger la BCE à se soumettre aux enquêtes effectuées par l'OLAF violerait le principe de proportionnalité, au regard (a) de sa redondance en tant que mécanisme de contrôle, (b) du caractère spécifique des missions confiées à la BCE et (c) du mode de fonctionnement décentralisé de la BCE.

1. L'article 280, paragraphe 4 CE en tant que base juridique d'une mesure applicable à la BCE

- 142 Le principe des compétences d'attribution, tel qu'il a été décrit par la Cour de justice dans l'avis 2/94¹¹⁵, est désormais énoncé dans l'article 5 premier alinéa CE. Ce paragraphe dispose :

« La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par la présent traité. »

Ceci signifie, comme l'a énoncé la Cour, que la Communauté « agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées »¹¹⁶. Le principe parallèle applicable aux institutions de la

¹¹⁴ Voir article 9, paragraphe 1. La directive a été adoptée en 1998, par conséquent durant l'existence de l'IME.

¹¹⁵ Avis 2/94 [1996] Rec. I-1759, § 24.

¹¹⁶ *Ibid.*, § 23.

Communauté a figuré dans l'article 7, paragraphe 1, deuxième alinéa dès la première version du traité CE.

143 Sous réserve du « mécanisme par défaut » de l'article 308 CE, qui n'est pas applicable ici, la méthode employée dans le traité CE pour l'attribution des pouvoirs est hautement spécifique¹¹⁷. Lorsqu'il est souhaité que les institutions communautaires disposent de pouvoirs normatifs, ceux-ci sont définis dans un article ou paragraphe séparé qui constitue le fondement juridique de l'action dans le domaine de la politique en question. La Cour de Justice a souligné que le choix de la disposition du traité devant constituer le fondement juridique d'une proposition donnée ne saurait être une question relevant du pouvoir discrétionnaire de l'institution qui prend l'acte : il doit reposer sur des éléments objectifs, en particulier le but et le contenu de la mesure proposée, qui sont susceptibles de contrôle juridictionnel¹¹⁸.

144 L'article 280, paragraphe 4 CE prévoit :

« 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. »

145 On peut se poser la question de savoir si la formulation de l'article 280, paragraphe 4 CE ne limite pas les pouvoirs du législateur communautaire (en l'espèce, le Parlement européen et le Conseil agissant par codécision) à l'adoption de mesures expressément et uniquement destinées à accroître les capacités des États membres dans la lutte contre la fraude. Ceci semblerait constituer l'interprétation logique des termes, *« les mesures nécessaires [...] en vue d'offrir une protection effective et équivalente dans les États membres »*. Cette disposition ne contient aucune référence aux institutions et organes créés par le traité. Ceci peut être contrasté avec l'article 286 CE, qui déclare 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 »*.

146 La Commission essaie de surmonter cette difficulté en mettant en valeur l'expression « les mesures nécessaires ». Elle considère que cette expression traduit le « très large pouvoir » octroyé au législateur communautaire, de sorte que les mesures prises « peuvent viser non seulement des activités frauduleuses commises par les opérateurs économiques dans les États

¹¹⁷ Avis 2/94 [1996] Rec. I-1759, § 25.

¹¹⁸ Voir, notamment, l'affaire 45/86 Commission/Conseil [1987] Rec. 1493, au § 11 ; et l'affaire C-300/89, Commission/Conseil [1991] Rec. 2867, au § 10.

membres, mais également des activités à l'intérieur des institutions, organes et organismes communautaires »¹¹⁹.

- 147 Pour la BCE, ce raisonnement n'est pas convaincant. Dans l'interprétation de l'expression sur laquelle la Commission se base, la question devrait être : des mesures nécessaires pour quoi ? La réponse fournie par le rédacteur de l'article 280, paragraphe 4 CE semble tout à fait claire : nécessaires pour améliorer le mécanisme antifraude au niveau des États membres afin de protéger les intérêts financiers de la Communauté.
- 148 Si cela est vrai, alors les dispositions du règlement relatives à ce que les articles 1, paragraphe 3, et 4 appellent « enquêtes administratives » devraient être déclarées non-valables pour incompétence de la part du législateur. Dans un tel cas, le règlement serait inapplicable, non seulement à la BCE, mais également pour ce qui est des enquêtes internes au sein de l'une quelconque des institutions, organes et organismes visés à l'article 1, paragraphe 3.
- 149 Si l'on considère la question de l'applicabilité du règlement plus particulièrement à la BCE, elle dépend de l'interprétation qui devrait être donnée à l'expression, « fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté » dans l'article 280, paragraphe 4 CE.
- 150 La Commission fait valoir que :

« Par cette expression, le traité a choisi un champ d'application qui n'est pas limité à la protection des dépenses et des recettes inscrites au budget de la Communauté. Cette expression couvre l'ensemble des ressources financières dont la gestion est confiée aux institutions, organes et organismes communautaires sans tenir compte de l'origine de ces ressources.¹²⁰ »

- 151 En adoptant une définition aussi large des « intérêts financiers de la Communauté », la Commission ignore complètement la règle souvent répétée par la Cour de justice selon laquelle, en interprétant une disposition du traité, il faut tenir compte, entre autres choses, de son contexte juridique¹²¹. L'article 280 CE est le dernier des treize articles contenus dans le titre du traité sur les dispositions financières. Le titre dans son ensemble traite des différents aspects de la composition, la préparation, l'adoption et l'exécution du budget communautaire, et du financement des dépenses par le biais des ressources propres prévu par l'article 269 CE.

¹¹⁹ Requête, point 4.1.2.

¹²⁰ Requête, point 4.2.1.

¹²¹ Voir, par exemple, les affaires jointes 188-190/80 France, Italie et Royaume Uni/Commission [1982] Rec. 2545 dans lesquelles la Cour a statué que « [...] les limites à la compétence conférée à la Commission par une disposition spécifique du traité ne sauraient être déduites d'un principe général, mais d'une interprétation des termes propres de la disposition en cause [...] analysés à la lumière de sa finalité et de sa place dans l'économie du traité » (au § 6). La pertinence de la place d'un article dans un chapitre particulier du traité CE, pour son interprétation, a été soulignée régulièrement par la Cour : voir, notamment, l'affaire 271/81 Société coopérative d'amélioration de l'élevage et d'insémination artificielle du Béarn/Lucien J.M. Mialocq et autres [1983] Rec. 2057, au § 8, l'affaire 30/87 Corinne Bodson/SA Pompes funèbres des régions libérées [1988] Rec. 2479 et, plus récemment, l'affaire C-189/95 Procédure pénale contre H. Franzén [1997] Rec. I-5954 au § 37.

152 Dans un tel contexte, il est allégué que la notion d' « intérêts financiers de la Communauté » ne saurait être séparée de celle du budget au sens de l'article 268 CE. Les dispositions de l'article 280 CE doivent être entendues comme ayant pour objectif de protéger la Communauté contre une réduction de ses actifs, par suite de fraudes ou d'irrégularités provoquant soit une diminution des entrées de recettes provenant des ressources propres, soit une augmentation des sorties des ressources disponibles, résultant de dépenses autorisées ou de détournements de fonds publics.

153 Ceci étant, il apparaît clairement que les intérêts financiers de la BCE ne sauraient être protégés par une législation basée sur l'article 280, paragraphe 4 CE. Comme expliqué au sous-titre 3.3 de la partie II.C ci-dessus, la BCE est financièrement indépendante du budget communautaire. Aucune part des actifs de la BCE ne provient des ressources propres de la Communauté : ces actifs comprennent le capital de la BCE, ses réserves et son bénéfice, et ils proviennent exclusivement des contributions apportées par les BCN conformément aux articles 28 et 30 des statuts et des opérations effectuées par la BCE elle-même ou par les BCN. De même, aucune perte subie par la BCE ne pourrait constituer une ponction sur le budget communautaire, puisqu'elle devrait être traitée sur la base de l'article 33 des statuts. Le paragraphe 2 de cet article prévoit que, si la BCE enregistre une perte, celle-ci est couverte par son fonds de réserve général 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 BCN conformément à l'article 32.5 des statuts. En d'autres termes, la perte serait comblée par les BCN.

154 Comme indiqué au sous-titre 3.3.2 de la partie II.C ci-dessus, trois éléments tissent un lien tenu entre la BCE et le budget communautaire. Deux d'entre eux sont également visés par la Commission au point 4.1.1 de la requête. Ces éléments sont les suivants :

- L'impôt communautaire sur les traitements, salaires et émoluments des membres du Conseil des gouverneurs et du Conseil général, et du personnel de la BCE.

Au total, cet impôt représente moins de 3% du budget de la BCE. Il est perçu par la BCE et transmis à la Commission en tant que recettes communautaires. Comme il a été constaté au point 85 ci-dessus, ce flux est à sens unique : la BCE ne reçoit rien en retour.

- La gestion de deux emprunts communautaires qui ont été octroyés à l'Italie en vertu du mécanisme de soutien financier à moyen terme.

Comme indiqué au point 86 ci-dessus, ces emprunts, qui ont la qualité d'actifs appartenant à la Communauté, arriveront à échéance dans le cours de l'année 2000. Il est rappelé que l'implication de la BCE dans la gestion des emprunts est minimale, ne représentant rien de plus que la perception et la retransmission immédiate des intérêts annuels de l'Italie à la Commission. Puisque cette transaction représente un simple « jeu d'écriture », elle ne figure pas au bilan de la BCE.

- La possibilité (dont la Commission n'a pas fait état) que des institutions ou organes communautaires puissent ouvrir des comptes dans les livres de la BCE. Ceci pourrait survenir dans le cadre d'opérations au cours desquelles la BCE agit en qualité d'agent fiscal pour des institutions ou organes communautaires, comme prévu par l'article 21 des statuts ; ou pour permettre à de telles institutions ou organes d'accéder au système de paiement TARGET à partir de l'EPM.

Le contenu de tels comptes ferait, bien sûr, partie du patrimoine communautaire. Cependant, comme noté au point 87 ci-dessus, les deux possibilités restent, jusqu'à présent, théoriques.

- 155 Les trois éléments considérés ci-dessus sont, par conséquent, tout à fait accessoires aux missions fondamentales énumérées à l'article 105, paragraphe 2 CE, et ne justifieraient pas en eux-mêmes de prendre, au titre de la BCE, une mesure basée sur l'article 280, paragraphe 4 CE¹²².
- 156 Pour motiver son interprétation extensive de l'article 280 CE, la Commission invoque un acte antérieur à l'introduction du nouvel article 280 CE par le traité d'Amsterdam, à savoir le règlement (CE, Euratom) n° 2988/95 du Conseil du 18 décembre 1995 sur la protection des intérêts financiers des Communautés européennes. L'article 1, paragraphe 2 du règlement dispose :

« Est constitutive d'une irrégularité 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. »

La référence à des « budgets gérés par » les Communautés est choisie par la Commission comme une indication du fait que « la protection des intérêts financiers de la Communauté peut avoir une portée plus large que la protection du budget communautaire [...] »¹²³.

- 157 Malheureusement, il semble que la Commission ait négligé de lire l'article 1, paragraphe 2 du règlement 2988/95 jusqu'à la fin. Les termes « 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 » montrent que le législateur était uniquement préoccupé par la protection des recettes et dépenses inscrites au budget communautaire. Dans la requête, il n'est pas fait mention de la définition parallèle de l'article 1 de la convention de 1995 relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européenne et de son rapport explicatif correspondant¹²⁴, où le lien avec le budget communautaire est clairement établi. La

¹²² Requête, point 4.2.1.

¹²³ Requête, point 4.2.1.

¹²⁴ Voir *supra* note n° 15.

BCE a démontré, dans la partie II.A ci-dessus, que, historiquement, l'expression « les intérêts financiers de la Communauté » n'a jamais été entendue comme étant applicable aux fonds qui ne sont ni inclus dans le budget communautaire ni garantis par ce dernier, ni gérés par la Commission.

- 158 Le fait, commenté par la Commission, que la Cour des comptes soit compétente en vertu de l'article 248, paragraphe 1 CE pour « examine[r] les comptes de la totalité des recettes et dépenses de tout organisme créé par la Communauté [...] »¹²⁵ n'entre absolument pas en compte dans l'interprétation de l'article 280 CE. Que la BCE ne soit pas l'un des organes visés résulte expressément des termes de l'article 27.2 des statuts.
- 159 La requête prétend placer la BCE dans la même situation, aux fins de l'article 280 CE, que les organes ayant leurs propres recettes, tel que l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur d'Alicante et l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments de Londres¹²⁶. L'analogie est erronée. Les organes en question ont été créés par le législateur communautaire (droit dérivé), et un examen rapide de leurs actes constitutifs suffit à démontrer que chacun d'eux a reçu une garantie statutaire de voir ses éventuelles pertes couvertes par le budget communautaire, afin de combler tout déficit sur le plan de leurs ressources¹²⁷. La situation est inverse de celle existant en vertu de l'article 33.2 des statuts.
- 160 Enfin, pour justifier l'argument selon lequel le règlement est applicable à la BCE, la Commission invoque diverses expressions d'avis émis au sein d'organes du Parlement européen et du Conseil, ainsi que par le Conseil européen de Cologne et, à plus d'une occasion, par le Conseil ECOFIN¹²⁸. Il est à peine besoin de préciser que les opinions d'organes politiques, si nobles soient-ils, ne font pas autorité dans une action en justice soulevant l'interprétation d'un article du traité¹²⁹.
- 161 D'autres considérations militent contre l'interprétation extensive de l'article 280, paragraphe 4 CE, qui est soutenue par la Commission.
- 162 La première considération concerne la nature juridique de l'OLAF. La décision sur l'OLAF était un acte d'organisation interne autonome adopté sur la base de l'article 218 CE. Il est énoncé plusieurs fois dans l'article 2 de la décision, et a été répété dans l'article 1, paragraphe 1 du règlement, que, en effectuant des enquêtes, l'OLAF exerce « les compétences de la Commission ». Comment, en effet, pourrait-il en être autrement, puisque malgré son indépendance garantie, l'OLAF n'est ni plus ni moins qu'une unité administrative spécialisée de

¹²⁵ Requête, point 4.2.1.

¹²⁶ Requête, point 4.2.2.

¹²⁷ Voir, respectivement, l'article 135 du règlement (CE) n° 40/94 du Conseil du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JO 1994 L 11, 14.1.1994, et l'article 57 du règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments, JO L 214, 24.8.1993, p. 1.

¹²⁸ Requête, point 4.2.4.

¹²⁹ Voir, notamment, l'affaire 237/84 Commission/Belgique [1986] Rec. 1247, aux § 16, 17 et 18 ; l'affaire C-292/89 Antonissen [1991] Rec. I-745, aux § 17 et 18 et l'affaire C-233/96 KappAhl Oy. [1998] Rec. I-8069, aux § 23 et 24.

la Commission ? La BCE fait valoir que si l'OLAF est juridiquement habilité à accomplir les fonctions octroyées par le règlement, c'est seulement dû au fait qu'il est réputé agir pour faciliter le pouvoir de la Commission d'exécuter le budget communautaire¹³⁰. La Commission ne pouvait pas conférer à l'OLAF des pouvoirs qu'elle ne possédait pas elle-même¹³¹.

163 La seconde considération est que si le pouvoir conféré par l'article 280, paragraphe 4 CE pouvait être exercé relativement à la BCE, cela serait incompatible avec le dispositif du traité. Comme remarqué au point 49 ci-dessus, les dispositions institutionnelles sur la BCE figurent à l'article 8 CE, dans le titre VII de la troisième partie du traité et dans les statuts. Il n'y a pas de chapitre sur la BCE dans la cinquième partie du traité, comme c'est le cas pour les cinq institutions communautaires, de même que pour le Comité économique et social, le Comité des régions et la Banque européenne d'investissement. Si l'on considère la portée considérable de la réorganisation du traité CE effectuée par le traité de Maastricht, le fait de ne pas introduire la BCE dans la cinquième partie a dû être un choix délibéré de la part de l'autorité institutionnelle. Un tel choix devrait être respecté dans l'interprétation de l'article 280, paragraphe 4 CE.

164 A la lumière des considérations précédentes, la BCE soutient que, selon une interprétation fidèle de l'article 280, paragraphe 4 CE, cette disposition ne saurait être considérée comme constituant la base juridique correcte pour l'adoption, par le législateur communautaire, de mesures applicables à la BCE.

2. Défaut de consultation de la BCE

165 L'article 105, paragraphe 4 CE stipule :

« 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 [...]. »*

Il existe une disposition similaire à l'article 4 des statuts.

166 Comme les statistiques figurant au point 36 ci-dessus l'indiquent, la BCE et son prédécesseur, l'IME, ont été assez fréquemment consultés sur des propositions de réglementation

¹³⁰ Voir l'article 274 CE et la 2ème phrase du 1er considérant du règlement.

¹³¹ *Nemo plus juris ad alios transfere potest quam ipse habet* (nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même).

communautaire comme nationale. Pourtant, dans le cas du règlement, il n'y a eu aucune consultation formelle de la BCE en application de l'article 105, paragraphe 4, premier tiret CE.

- 167 Par conséquent, le champ d'application matériel de l'obligation de consultation recouvre les projets de réglementation, communautaire ou nationale, « dans les domaines relevant de [la] compétence [de la BCE] ». Un acte communautaire comme le règlement porterait directement atteinte à l'organisation interne de la BCE et empiéterait donc sur le pouvoir d'organisation autonome de la BCE. Un tel pouvoir d'organisation autonome constitue une compétence primordiale de toute institution ou organe indépendant, qui s'est vu confier l'accomplissement de missions et fonctions exclusives. Cela est le cas *a fortiori* pour la BCE, dont la compétence d'organisation autonome découle, non seulement des termes exprès de l'article 12.3 des statuts et du principe des compétences implicites¹³², mais aussi de la condition d'indépendance institutionnelle inscrite dans le traité et des termes exprès de l'article 36 des statuts. De plus, dans le cas de l'obligation des États membres de consulter la BCE sur un projet de réglementation nationale, le champ d'application de l'expression « domaines relevant de sa compétence » a été précisé par un acte du Conseil¹³³ comme concernant, entre autres, la législation sur les banques centrales et ceci doit certainement valoir pour les propositions communautaires. Il s'ensuit que tout acte communautaire, dont l'effet est de porter atteinte à la structure interne et/ou au personnel de la BCE, ne saurait être adopté qu'après consultation en vertu de l'article 105, paragraphe 4 CE.
- 168 Un bon exemple est fourni par le règlement de 1998¹³⁴ étendant le régime d'imposition communautaire aux membres du Conseil des gouverneurs et du Conseil général ainsi qu'au personnel de la BCE. Il s'agissait manifestement d'une mesure portant atteinte au pouvoir d'organisation interne autonome de la BCE, qui a dûment fait l'objet d'une consultation formelle, à l'époque, de l'IME.
- 169 La BCE maintient, par conséquent, que le règlement, s'il lui est applicable, relèverait de la condition posée à l'article 105, paragraphe 4, premier tiret CE.
- 170 La participation effective des diverses institutions et organes communautaires au processus législatif de la Communauté, conformément aux procédures établies par le traité, représente un élément essentiel de l'équilibre institutionnel voulu par le traité¹³⁵. La Cour de justice a déclaré, au regard du Parlement européen, que lorsqu'une procédure de consultation obligatoire est prévue par le traité, le défaut de consultation constitue une violation d'une forme substantielle

¹³² Pour une application de la théorie des pouvoirs implicites dans le contexte de la Communauté, voir, notamment, l'affaire 281/85 Allemagne/Commission [1987] Rec. 3203 au § 28.

¹³³ Article 2.1 de la décision n° 415/98 du Conseil du 29 juin 1998 relative à la consultation de la Banque centrale européenne par les autorités nationales au sujet de projets de réglementation. JO L 189, 3.7.1998, p. 42.

¹³⁴ Règlement (CE, CECA, Euratom) n° 1197/98 du Conseil du 5 juin 1998 modifiant le règlement (CEE, Euratom, CECA) n° 260/68 du 29 février 1968 portant fixation des conditions et de la procédure d'application de l'impôt établi au profit des Communautés européennes.

¹³⁵ Pour le cas de la participation du Parlement européen, voir, notamment, l'affaire C-21/94 Parlement/Conseil [1995] Rec. I-1827 au § 17 et la jurisprudence qui y est citée.

au sens de l'article 230 CE¹³⁶. Considérant la place de la BCE dans le cadre institutionnel, et le fait qu'une consultation soit requise par une disposition du traité, cette jurisprudence devrait être applicable, *mutatis mutandis*, à la BCE.

- 171 Plus encore, la même conclusion a été adoptée dans des cas de consultation obligatoire d'un « tiers », prévus par des actes de droit communautaire dérivé¹³⁷ et même par des décisions internes des institutions¹³⁸. Cette jurisprudence sous-entend *a fortiori* que l'absence de consultation de la BCE, lorsqu'elle est ainsi requise par les dispositions du traité CE et des statuts, constitue une violation d'une forme substantielle, qui devrait entraîner l'annulation de l'acte en question.
- 172 La présente affaire offre un exemple typique de la raison pour laquelle on se doit d'observer strictement les obligations de consultation, en particulier lorsque celles-ci ont été imposées par les rédacteurs du traité sur l'Union européenne. Le défaut de consultation de la BCE sur le règlement proposé a privé le Conseil des gouverneurs de la BCE de l'occasion d'exposer au législateur, dans un langage de son choix, les motifs incontestables qui militent contre son inclusion dans le champ d'application du règlement. Ce défaut a privé la BCE de la possibilité de faire entendre sa voix au stade décisif du processus législatif, comme le traité le requiert.
- 173 Il s'ensuit que, si le règlement était applicable à la BCE, il serait illégal, en raison du non-respect de la forme substantielle de consultation.

3. Empiètement sur la garantie d'indépendance de l'article 108 CE

- 174 L'imposition à la BCE d'un système d'enquêtes administratives du type envisagé par le règlement empiéterait sur la garantie d'indépendance octroyée par l'article 108 CE.
- 175 L'article 108 CE prévoit :

¹³⁶ Voir, notamment, l'affaire 138/79 Roquettes Frères/Conseil [1980] Rec. 3333 ; l'affaire C-21/94 Parlement/Conseil [1995] Rec. I-1827 au § 17 et la jurisprudence qui y est citée. Dans le cadre du traité CECA, voir, notamment, l'affaire 1/54 France/Haute Autorité [1954-56] Rec. 15 ; et l'affaire 2/54 Italie/Haute Autorité [1954-56] Rec. 52.

¹³⁷ Par exemple, dans le cadre du règlement (CEE) n° 2950/83 du Conseil du 17 octobre 1983 portant application de la décision 83/516 (JO L 289, 1) concernant les missions du Fonds social européen, la Commission peut suspendre, réduire ou supprimer le concours accordé en vertu du fonds après avoir donné à l'État membre concerné l'occasion de présenter ses observations. Le Tribunal de première instance a jugé que « la possibilité pour l'État membre concerné de présenter ses observations préalablement à l'adoption d'une décision définitive de réduction [...] constitue une formalité substantielle dont le non-respect entraîne la nullité des décisions en question ». Affaires jointes T-432 à 434/93 Socurte et autres/Commission [1995] Rec. II-503, au § 65 et la jurisprudence qui y est citée. De plus, « la présentation, par l'État membre concerné de ses observations préalablement à une décision de réduction du concours du FSE doit, d'une part, précéder cette décision et, d'autre part, être établie avec certitude et avec une clarté suffisante, ce qui exclut qu'elle puisse résulter d'une preuve par présomption » *Ibid.* au § 66.

¹³⁸ Dans une affaire antérieure, la Commission avait allégué que le non-respect d'une procédure consultative établie par une décision interne de l'institution (en l'espèce, le memorandum interne d'un directeur général concernant les procédures de recrutement) ne saurait être considéré comme une violation d'une formalité substantielle. La CJCE a rejeté l'argument et décidé que « dès lors que l'autorité investie d'un pouvoir de nomination institue volontairement, par une mesure d'ordre interne, une procédure consultative obligatoire, non prescrite par le statut, le respect d'une telle procédure s'impose à elle et cette procédure ne saurait être considérée comme dépourvue de toute valeur juridique ». Affaire 282/81 Ragusa/Commission [1983] Rec. 1245 aux § 17 et 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. »

- 176 La garantie d'indépendance octroyée par l'article 108 CE, au titre du SEBC, de la BCE et des BCN, est très vaste. Elle est applicable à l'accomplissement non seulement des missions fondamentales des banques centrales, énumérées pour la BCE à l'article 105, paragraphe 2 CE, mais également à toute la gamme d'obligations résultant, pour la BCE ainsi que pour les BCN, du traité CE et des statuts. La Commission commet donc une erreur d'interprétation textuelle lorsqu'elle insiste sur le fait que l'indépendance de la BCE « n'est que fonctionnelle et limitée à l'accomplissement de ses tâches particulières »¹³⁹.
- 177 La qualité et le champ d'application de l'indépendance requise de la BCE et de ses organes de décision sont définis en détails par le traité et les statuts, ce qui est inhabituel. Ce processus de définition a été poussé plus avant, par la série des fameux « rapports sur la convergence », qui ont été produits par l'IME et la Commission pour guider la réforme des législations des États membres concernant les BCN. Un concept d'indépendance des banques centrales, très concret et détaillé, a par conséquent été développé non seulement par la défenderesse, la BCE, mais aussi par la requérante, la Commission. Il n'y a pas eu d'exercice équivalent dans le cas des autres institutions et organes communautaires – la Commission, la Cour de justice, la Cour des comptes et la Banque européenne d'investissement – pour lesquelles le traité impose un devoir d'indépendance.
- 178 Le concept développé de devoir d'indépendance applicable à la BCE comprend les aspects institutionnels, personnels et financiers décrits en détails au titre 3 de la partie II.C ci-dessus, auxquels la Cour est priée de bien vouloir se reporter. Il suffit de rappeler ici :
- Au regard de l'indépendance institutionnelle
 - Le rapport sur la convergence de l'IME en 1998 a souligné que l'interdiction de l'article 108 CE recouvre « *toutes les sources* d'influence extérieure » (italiques ajoutés).
 - La BCE dispose d'un pouvoir exprès, en vertu de l'article 12.3 des statuts, pour déterminer son organisation interne. Une telle compétence était à l'évidence

¹³⁹ Requête, point 4.1.14.

destinée à être exercée en toute indépendance. Elle s'étend clairement à la prise de mesures antifraude.

- La BCE a, de même, des pouvoirs indépendants, en application de l'article 36.1 des statuts, pour arrêter les conditions d'emploi applicables à son personnel. Une telle compétence devrait, là encore, être interprétée comme comprenant tous les aspects pertinents de la lutte contre la fraude.
- Au regard de l'indépendance financière
 - La BCE est entièrement indépendante du budget communautaire. Ses actifs proviennent des BCN et toutes pertes qu'elle pourrait encourir seraient couvertes par les BCN. Aucune institution communautaire n'est impliquée, à aucun stade, dans la procédure menant à l'adoption du budget de la BCE.
- Au regard de l'indépendance personnelle
 - Les membres du Directoire sont nommés d'un commun accord par les gouvernements des États membres au niveau des chefs d'État ou de gouvernement¹⁴⁰. Leur mandat a une durée de huit ans, et n'est pas renouvelable¹⁴¹. Ils ne peuvent être démis de leur fonction qu'en vertu de la procédure de l'article 11.4 des statuts.
 - Les autres membres du Conseil des gouverneurs sont les gouverneurs des BCN, dont la durée du mandat est d'au moins cinq ans¹⁴². Leur mandat est protégé par les dispositions de l'article 14.2 des statuts, qui prévoit la possibilité tout à fait inhabituelle d'un recours direct par une personne physique devant la Cour de justice.

179 Comme précisé aux points 38 et 39 ci-dessus, les pouvoirs d'enquête interne conférés à l'OLAF par l'article 2 du règlement sont extrêmement vastes. La simple existence de tels pouvoirs, s'ils étaient applicables à la BCE, pourrait être considérée comme constituant une « source d'influence extérieure » du type visé dans le rapport sur la convergence de l'IME pour 1998. La menace de leur exercice ou leur exercice effectif seraient susceptible de faire pression sur les membres du Directoire ou du Conseil des gouverneurs de la BCE, ce qui risquerait de compromettre l'indépendance décisionnelle requise par l'article 108 CE. La nature hautement structurée d'une telle indépendance rend le danger plus manifeste.

180 La possibilité qu'une telle pression soit jamais, en pratique, exercée délibérément par l'OLAF, ou qu'elle ait un quelconque effet sur la prise de décision au sein de la BCE, est sans aucun doute extrêmement infime. Cependant, l'importance de l'indépendance de la banque centrale est une question de fond mais aussi de forme, en raison de la nécessité de préserver la confiance des marchés financiers instables. Les agents économiques, qui n'ont qu'une connaissance partielle

¹⁴⁰ Article 112, paragraphe 2, sous (b) CE.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Article 14 des statuts.

des arrangements institutionnels qui régissent le fonctionnement de l'OLAF, pourraient bien craindre que de tels pouvoirs donnent à la Commission une capacité d'influence sur d'autres institutions ou organes communautaires. Le risque est accru du fait de l'étendue des pouvoirs, qui peuvent être perçus comme s'approchant d'une enquête pénale et, si injuste que ce soit, comme pouvant se prêter à des abus. La BCE est une banque centrale nouvelle qui a assumé les fonctions des banques centrales établies de longue date, avec une réputation d'indépendance fermement ancrée. D'où la nécessité d'un cadre institutionnel et réglementaire élaboré conçu pour établir la confiance dans l'indépendance totale de la BCE, qui ne doit pas être menacée. Tout autre arrangement pourrait nuire à la crédibilité de l'euro à la fois en tant que monnaie et en tant que symbole de l'intégration européenne.

- 181 Il est fait valoir, pour ces motifs, que l'inclusion de la BCE dans le champ d'application des opérations de l'OLAF serait incompatible avec la garantie d'indépendance de l'article 108 CE. S'il prétendait imposer à la BCE une obligation de se soumettre aux enquêtes de l'OLAF, le règlement serait en conséquence, sous cet angle, illégal.

4. Violation du principe de proportionnalité

- 182 Si la BCE était contrainte d'accepter le système d'enquêtes administratives résultant du règlement, cela constituerait, une violation du principe de proportionnalité, au regard (a) de sa redondance en tant que mécanisme de contrôle, (b) du caractère spécifique des missions qui ont été confiées à la BCE et (c) du mode de fonctionnement décentralisé de la BCE.

- 183 Ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice l'a développé, le principe de proportionnalité consiste en deux éléments¹⁴³. Il requiert, tout d'abord :

- qu'une mesure adoptée par un législateur ou une autorité administrative soit efficacement conçue pour atteindre son objectif ; et, ensuite,
- que les conséquences préjudiciables de la mesure pour ceux qu'elle concerne ne soient pas supérieures à ce qui est strictement nécessaire pour atteindre son objectif.

4.1 Redondance d'un nouveau mécanisme de contrôle

- 184 L'application du règlement à la BCE est tout d'abord inutile. Comme décrit au sous-titre 3.5 de la partie II.C ci-dessus, la BCE est déjà soumise à quatre niveaux de contrôle d'audit de ses activités, deux niveaux internes et deux niveaux externes. Les premiers comprennent le contrôle d'audit interne et le comité antifraude. Les derniers sont les contrôles d'audit résultant de l'article 27 des statuts ; rien n'empêcherait le Conseil, si le doute existait, de mandater

¹⁴³ Voir, notamment, l'affaire 66/82 Fromançais SA/FORMA [1983] Rec. 395, dans laquelle la Cour a statué : « Afin d'établir si une disposition de droit communautaire est conforme au principe de proportionnalité, il importe de vérifier, en premier lieu, si les moyens qu'elle met en œuvre pour réaliser l'objectif qu'elle vise s'accordent avec l'importance de celui-ci et, en second lieu, s'ils sont nécessaires pour l'atteindre », au § 8. Voir également l'affaire C-256/90 Mignini SpA/ALMA [1992] Rec. I-2651, au § 16 ; l'affaire C-114/96 Procédure pénale contre R. Kieffer et R. Thill [1997] Rec. I-3629, au § 33 ; et l'affaire C-4/96 NIFPO et Northern Ireland Fishermen's Federation/ Department of agriculture for Northern Ireland [1998] Rec. I-681, au § 57.

explicitement les commissaires aux comptes qu'il a désignés sur le fondement de l'article 27 pour détecter et enquêter sur les fraudes. La soumission de la BCE à la compétence de l'OLAF ajouterait un cinquième niveau de contrôle, ce qui apparaît manifestement superflu et donc disproportionné.

4.2 Le caractère spécifique des missions confiées à la BCE

185 L'étendue et la complexité des missions que la BCE doit effectuer en application de l'article 105 CE et des autres dispositions du traité et des statuts, ont été décrites en détail au titre 2 de la partie II.C ci-dessus. Ces missions comprennent notamment :

- la définition et la mise en œuvre de la politique monétaire, y compris la fixation des taux d'intérêts ;
- la gestion des réserves de change et la conduite des opérations de change, y compris les interventions sur les marchés ;
- la production de billets libellés en euro ; et
- la promotion du bon fonctionnement des systèmes de paiements, en particulier par le biais de la création du système TARGET.

186 Les activités de la BCE entraînent une quantité d'opérations détaillées et techniques. Quasiment toutes ces activités concernent des questions extrêmement sensibles au regard des marchés. Il est nécessaire d'instituer une confidentialité extrême dans le traitement de telles questions, et de restreindre les informations concernées au cercle le plus restreint possible au sein de la BCE. Néanmoins, le comité de surveillance de l'OLAF semble d'avis que les enquêtes sur les affaires de fraude ou de corruption « concernant [...] les décisions en matière de taux directeurs ou les interventions sur le marché des changes de la Banque centrale européenne » relèvent du domaine de l'OLAF¹⁴⁴.

187 La BCE est en complet désaccord avec cette assertion. Des fuites d'informations sur la plupart des affaires qu'elle traite pourraient avoir des répercussions sur l'économie européenne dans son ensemble. L'échelle des conséquences d'une violation de la confidentialité au regard des activités de la BCE est par conséquent d'un ordre tout à fait différent de la divulgation d'informations protégées par un droit à la vie privée détenu par une personne physique ou une entreprise.

188 Ceci étant, si la BCE entrait dans le champ d'application du règlement, elle aurait l'obligation, en conformité avec ses obligations de banque centrale, d'adopter une décision en application de l'article 4, paragraphe 6 excluant du champ des enquêtes de l'OLAF la totalité de ses activités liées à l'accomplissement des missions fondamentales énumérées dans l'article 105, paragraphe 2 CE. Dans ces matières, la responsabilité de lutter contre la fraude et les autres irrégularités

¹⁴⁴ Voir le rapport 1/99, § 5.

susceptibles de nuire aux intérêts financiers de la BCE devrait relever du domaine réservé de la direction de l'audit interne, rendant compte au comité indépendant qui a été institué par la décision litigieuse. L'OLAF ne pourrait jouer qu'un rôle d'enquête marginal, au titre d'activités comme l'approvisionnement (en supposant que les informations concernant de telles activités puissent être effectivement isolées des informations sensibles relatives aux marchés).

- 189 Une telle solution serait, de l'avis de la BCE, profondément inadaptée aux objectifs du règlement et serait donc contraire au principe de proportionnalité. L'OLAF ne pourrait jamais obtenir davantage qu'une idée fragmentaire des activités menées au sein de la BCE. Toute appréciation que l'OLAF pourrait porter sur la qualité et l'efficacité des mesures antifraude de la BCE n'aurait qu'une valeur limitée. Elle pourrait, même, être trompeuse.
- 190 D'autre part, pour ne pas que la responsabilité globale échappe à la direction de l'audit interne, le fait de rendre compte au comité antifraude dans des cas de fraude et d'autres activités illégales portant atteinte aux intérêts financiers de la BCE constituerait une solution pleinement conforme au principe de proportionnalité.

4.3 Le mode de fonctionnement décentralisé de la BCE

- 191 Le mode de fonctionnement décentralisé de la BCE est décrit au titre 2 de la partie II.C ci-dessus. Par exemple, il a été indiqué que la BCE a organisé les opérations de politique monétaire de l'Eurosystème, au moyen d'une orientation interne du SEBC, d'une manière entièrement décentralisée. Par conséquent, ce sont les BCN qui conduisent les opérations de marché et qui offrent des facilités permanentes, et c'est auprès des BCN que les établissements de crédit détiennent des réserves obligatoires. Une approche similaire a été adoptée pour la production de billets. Les opérations d'imprimerie sont exécutées sous la responsabilité des BCN et elles en supportent les coûts.
- 192 Comme indiqué au sous-titre 2.8 de la partie II.C, le modèle décentralisé comporte des implications indubitables pour l'applicabilité du règlement ; dont voici les deux types principaux.
- 193 Premièrement, toute question faisant l'objet d'une enquête au niveau de la BCE ramènerait probablement très vite, à une BCN ou plusieurs d'entre elles. La distinction claire voulue par le règlement, entre les enquêtes internes et externes, serait donc impossible à maintenir.
- 194 Deuxièmement, les enquêtes externes, en application de l'article 3 du règlement, sont menées sur la base du règlement 2988/95 et du règlement 2185/96, dont le champ d'application, comme on l'a vu, est limité aux enquêtes sur les fraudes et irrégularités portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté dans un sens strictement budgétaire. Puisque, par définition, les affaires suivies, après une enquête initiale au niveau de la BCE, sortiraient du budget, l'OLAF serait privé de pouvoirs concernant les BCN en cause. Le nouveau dispositif de l'OLAF est à l'évidence incompatible avec le modèle de fonctionnement décentralisé de l'Eurosystème ; par

conséquent, son application à la BCE irait à l'encontre de l'objectif commun d'accroître l'efficacité de la lutte contre la fraude.

- 195 Le modèle décentralisé a été adopté par la BCE en pleine conformité avec les statuts. L'article 12.1, troisième alinéa, dispose que « *dans la mesure jugée possible et adéquate [...], la BCE recourt aux banques centrales nationales pour l'exécution des opérations faisant partie des missions du SEBC* ». Si le système d'enquête sur les fraudes de l'OLAF est définitivement incompatible avec ce modèle, prévu par le droit communautaire primaire, son imposition à la BCE serait manifestement contraire au principe de proportionnalité.
- 196 Là encore, c'est au sein du SEBC que réside la solution appropriée. L'IAC, visé au point 104 ci-dessus, est mieux placé pour détecter et poursuivre des fraudes dans le cadre de l'accomplissement décentralisé des missions du Système.

5. Conclusion du second moyen

- 197 Pour résumer ce second moyen : interprété correctement, le règlement doit être entendu comme n'ayant pas été conçu par le législateur communautaire pour inclure la BCE dans son champ d'application. Cette conclusion est atteinte en deux étapes.
- 198 *Premièrement*, il a été démontré que, si le règlement était applicable à la BCE, il serait illégal :
- pour incompétence, parce que le règlement est fondé sur une disposition du traité, l'article 280, paragraphe 4 CE, qui n'autorise pas le législateur communautaire à adopter des mesures pouvant s'appliquer à la BCE ;
 - pour violation d'une forme substantielle, résultant du défaut de consultation de la BCE sur la proposition de règlement ;
 - pour violation du traité, parce que le système d'enquêtes administratives envisagé empiéterait sur la garantie d'indépendance de la BCE en vertu de l'article 108 CE ; et
 - pour violation du principe de proportionnalité, parce que le système envisagé serait inadapté à l'objectif de protection des intérêts financiers de la BCE, au vu des mécanismes de contrôle déjà en place, du caractère spécifique des missions de la BCE et de son mode de fonctionnement décentralisé.
- 199 *Deuxièmement*, en application du principe cité au point 137 ci-dessus, si la formulation du règlement est susceptible d'une interprétation qui la rend compatible avec le traité, alors il faut donner préférence à cette interprétation. La BCE fait valoir que la formulation du règlement peut tout à fait justifier l'interprétation selon laquelle la BCE ne relève pas de son champ d'application. L'expression « les institutions, tous les organes et tous les organismes institués par les traités ou sur la base de ceux-ci » n'est pas une expression des plus précises. Elle peut être entendue, plus particulièrement à la lumière du choix de l'article 280, paragraphe 4 CE

comme base juridique, et du défaut de consultation de la BCE, comme n'étant pas destinée à s'appliquer aux « organes » dont les intérêts financiers sont distincts de ceux liés au budget communautaire.

- 200 Au cas où la Cour considérerait qu'il n'est pas correct d'interpréter le règlement de la manière suggérée au point précédent, la BCE se permettrait d'invoquer l'inapplicabilité du règlement, en application de l'article 241 CE, qui dispose :

« 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. »

- 201 La BCE soutient que les conditions pour une déclaration d'inapplicabilité en vertu de l'article 241 CE sont remplies dans la présente affaire, à savoir :

- i) qu'un « règlement adopté conjointement par le Parlement européen et le Conseil » est en cause ;
- ii) qu'il a été démontré que ce règlement viole une forme substantielle (la consultation de la BCE), qu'il a été adopté en excès de pouvoir et qu'il viole le traité et le principe de proportionnalité; et
- iii) que la BCE a la possibilité de se fonder sur l'article 241 CE, parce qu'elle s'est abstenue d'intenter un recours en annulation du règlement sur la base de l'article 230 CE, croyant que le règlement ne pouvait lui être applicable, une conviction née du choix de la base juridique, et du défaut de consultation de la BCE¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Voir l'affaire 32/65 Italie/Conseil et Commission [1966] Rec. 409 ; voir également l'affaire C-258/89 Commission/Espagne [1991] Rec. I-3977, en particulier les conclusions de l'Avocat général Darmon dans la même affaire, aux paragraphes 23 à 32.

IV. CONCLUSIONS

202 Au vu des considérations précédentes, la BCE a l'honneur de demander à la Cour :

1. De rejeter le recours intenté par la Commission aux motifs :

- i) que la décision BCE/1999/5 ne s'oppose pas au règlement (CE) n° 1073/1999 du Conseil; et/ou
- ii) que la BCE n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CE) n° 1073/1999 du Conseil ; ou
- iii) que le règlement (CE) n° 1073/1999 du Conseil est déclaré, en application de l'article 241 CE, inapplicable au titre de la BCE.

2. De condamner la Commission aux dépens.



Antonio Sáinz de Vicuña

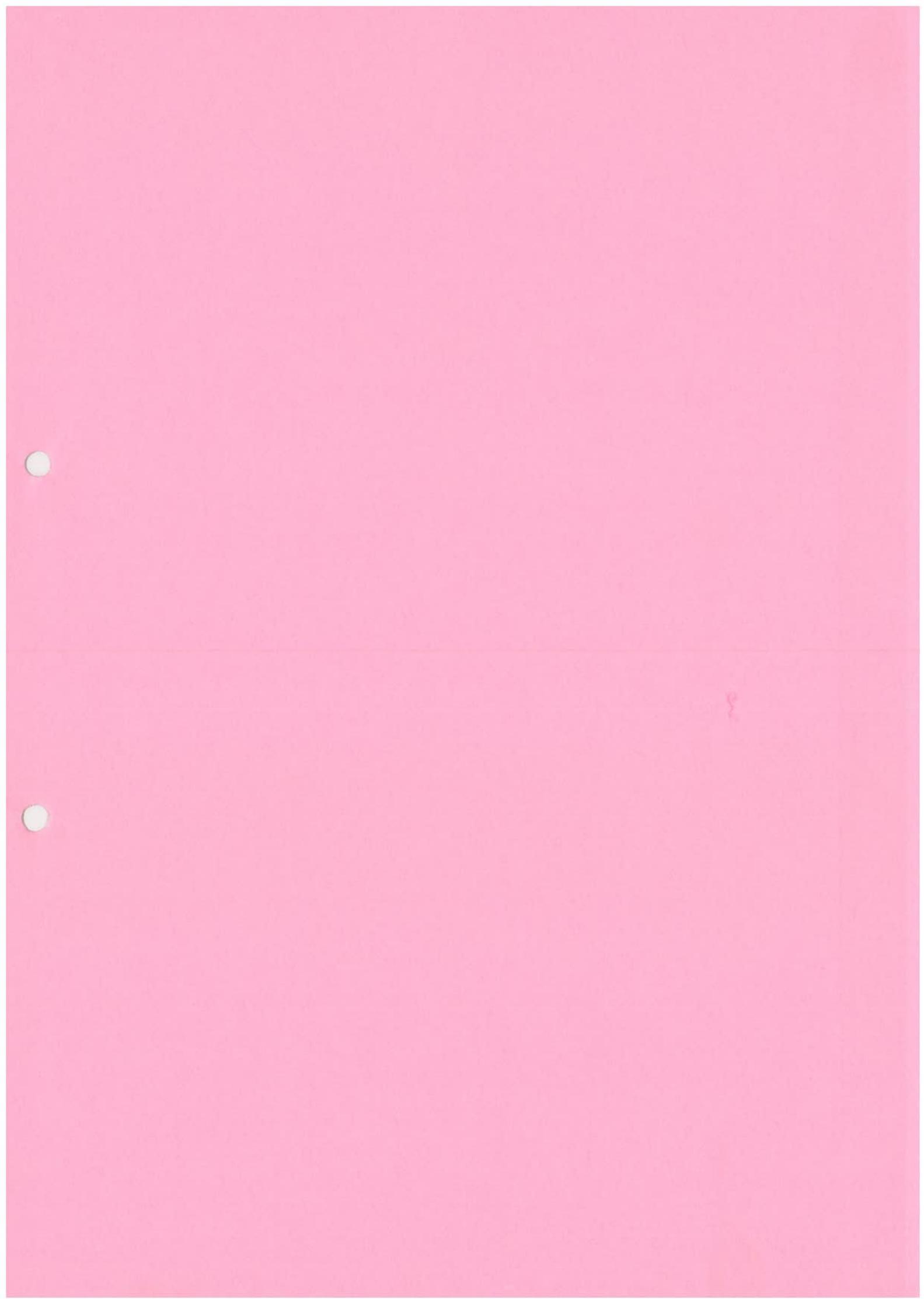
Chiara Zilioli

Agents de la Banque centrale européenne



Alan Dashwood

Conseil





BANQUE CENTRALE EUROPÉENNE

Affaire C-11/00

Mémoire en Défense

Bordereau d'Annexes

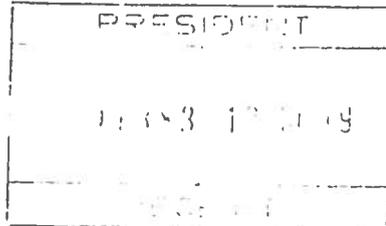
**(conformément à l'article 43, paragraphe 4, du règlement de procédure et
à l'article 6, paragraphe 3, des instructions du greffier)**

Annexe	Document	Page du mémoire en défense
1	Comité de surveillance de l'OLAF 1/99 – Rapport au Parlement, au Conseil et à la Commission sur l'application du Règlement n° 1073/1999 du Parlement européen et du Conseil par les Institutions, organes et organismes de l'UE, adopté le 7 octobre 1999	11
2	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, signée le 7 décembre 1999	11 (note n° 33)
3	Rapport annuel de la BCE de 1999	13
4 A	Administrative Circular 08/99 – <i>ECB Audit Charter</i> – en date du 12 octobre 1999 (version anglaise)	24
4 B	ESCB Audit Policy en date du 7 octobre 1998 (version anglaise)	24
5	Lettre du président du Conseil de l'Union européenne. M. Sauli Niinistö, au président de la BCE, M. Wim Duisenberg, en date du 16 novembre 1999 (version anglaise)	27 (note n° 89)

Comité de surveillance
de l'OLAF
La Présidente

Annexe 1

128854 15.10.1999



Monsieur Wim DUISENBERG
Président de la Banque Centrale
européenne
29, Kaiserstrasse
D- 60311 Frankfurt am Main

Monsieur le Président,

Conformément aux dispositions de l'article 7. paragraphe 8. du Règlement n° 1073/99 du Parlement européen et du Conseil, le Comité de surveillance a adopté, lors de sa réunion des 6 et 7 octobre 1999 le rapport n° 1/99 à l'intention de la Commission, du Parlement et du Conseil sur l'application de ce même Règlement.

J'ai l'honneur de vous adresser ce rapport, adopté à l'unanimité des membres du Comité, et qui comporte des dispositions relatives à votre organe.

Je vous prie de bien vouloir agréer, Monsieur le Président, l'assurance de toute ma considération.

Mireille DELMAS-MARTY

Annexe

Comité de surveillance
de l'OLAF

1/99

RAPPORT au Parlement
 au Conseil
 à la Commission

Sur l'application du Règlement n° 1073/1999 du Parlement
européen et du Conseil par les Institutions, organes et
organismes de l'UE

Membres du Comité de surveillance :

Présidente : Mme Mireille DELMAS-MARTY
Professeur à l'Université de Paris I

Membres : M. Raymond KENDALL
Secrétaire général d'INTERPOL

M. José Narciso DA CUNHA RODRIGUES
Procureur général de la République du Portugal

M. Edmondo BRUTI-LIBERATI
Substitut du Procureur général de la Cour d'Appel
de Milan

M. Harald NOACK
Avocat, ancien Secrétaire d'Etat

1. Le Parlement européen et le Conseil, en accord avec la Commission, ont adopté le 25 mai 1999 le règlement n° 1073/1999 relatif aux enquêtes conduites par l'Office européen de Lutte Anti-Fraude (OLAF). Ce règlement donne à l'OLAF un statut d'indépendance, ainsi que des larges pouvoirs pour réaliser des enquêtes administratives dans toutes les Institutions, tous les organes et tous les organismes de la Communauté. Il rend également obligatoire pour chaque institution, organe ou organisme communautaire de prendre une décision visant deux buts : créer l'obligation pour leurs membres, fonctionnaires et agents de coopérer avec l'OLAF et de l'informer des cas potentiels de fraude ; préciser les garanties des droits des personnes concernées par une enquête interne.

Le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont le même jour conclu un accord interinstitutionnel qui, d'une part, étend les capacités d'enquête de l'OLAF à l'intérieur des institutions, organes et organismes au-delà de la protection des intérêts financiers de la Communauté, d'autre part, fournit un modèle de la décision rendue obligatoire par le règlement. Toutes les institutions, tous les organes et organismes étaient appelés à adhérer à cet accord et à prendre une décision conforme au modèle.

2. L'examen de la mise en oeuvre de ce dispositif fait apparaître qu'à ce jour, seuls le Comité des régions, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement n'ont ni pris la décision rendue obligatoire par l'article 4 du règlement n° 1073/1999 ni adhéré à l'accord interinstitutionnel.

3. Le Comité relève que le règlement n° 1073/99 est fondé sur l'article 280 du Traité instituant la Communauté européenne qui donne pouvoir au

Conseil, statuant en co-décision avec le Parlement, de prendre « *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.* »

Le Comité note que l'article 280 fixe pour seule limite aux mesures communautaires l'interdiction d'empiéter sur l'application du droit pénal national et l'administration de la justice dans les Etats membres, mais ne prévoit pas qu'aucune institution, aucun organe ou organisme de la Communauté soit exempt des mesures prises sur son fondement. Au demeurant, le règlement n° 1073/1999 prévoit que l'OLAF effectue des enquêtes administratives « *à l'intérieur des institutions, organes et organismes institués par les traités ou sur la base de ceux-ci* », sans exception. Le Comité des régions, la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement sont des organes institués par les traités communautaires.

4. Le Comité note que l'article 280 du Traité et le règlement n° 1073/1999 ne mentionnent pas le budget géré par la Commission, mais visent la protection de l'ensemble des intérêts financiers de la Communauté. La Communauté, comme le rappelle le règlement n° 1073/1999, est composée de toutes les Institutions, organes et organismes institués par les traités ou sur la base de ceux-ci. Leurs intérêts financiers englobent, non seulement les fonds que ces institutions, organes ou organismes communautaires possèdent ou gèrent, mais également l'ensemble de leur patrimoine. Ils s'étendent en outre aux fonds ou actifs qui sont confiés aux institutions, organes ou organismes communautaires, par exemple par les Etats membres (réserves de change confiés à la BCE), dans la mesure où, aux termes de l'article 288 du traité, la Communauté « *doit réparer, conformément aux principes généraux*

communs aux droits des Etats membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions » par exemple du fait de fraude.

5. Le Comité attache en outre la plus grande importance à l'accord interinstitutionnel. Lui seul permet en effet de protéger les citoyens et les opérateurs économiques d'un certain nombre de risques qui pourraient ne pas avoir d'impact sur les finances des institutions, organes ou organismes communautaires, mais qui pourraient être coûteux pour le public. Ces risques comprennent, à titre illustratif, la corruption visant à influencer la législation communautaire ou le choix de projets financés ou aidés par la Communauté, y compris le cas échéant par la Banque européenne d'investissement, la divulgation d'information confidentielle, concernant par exemple les décisions en matière de taux directeurs ou les interventions sur le marché des changes de la Banque centrale européenne. Par ailleurs, le règlement n° 1073/1999 donne le pouvoir à l'OLAF d'entreprendre dès à présent des enquêtes administratives, y compris le cas échéant au sein du Comité des régions, de la Banque centrale européenne ou de la Banque européenne d'investissement. Le fait que ces organes communautaires n'aient pas pris la décision réglementaire visant à préciser les garanties des droits des personnes concernées par une enquête interne crée pour leurs membres et leur personnel un préjudice potentiel. L'abstention du Comité des régions, de la Banque centrale européenne et de la Banque européenne d'investissement a donc pour effet de ne garantir une protection satisfaisante ni aux citoyens, ni aux opérateurs économiques, ni à leur propre personnel.

6. Le Comité de surveillance estime donc essentiel, compte tenu des sommes gérées par ces organes communautaires, que le Comité des régions,

la Banque centrale européenne et la Banque européenne d'investissement adhèrent rapidement à l'accord interinstitutionnel relatif à l'OLAF et prennent la décision rendue obligatoire par le règlement n° 1073/1999, conformément au modèle. Il appelle le Parlement européen, le Conseil et la Commission dans l'exercice de leurs responsabilités à tenir compte de leur attitude vis-à-vis de l'OLAF, selon le principe que la Communauté ne devrait pas mettre à disposition de fonds publics là où ils ne peuvent être protégés par l'OLAF.

Annexe 2

TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LAS
COMUNIDADES EUROPEAS
DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS
DOMSTOL

GERICHTSHOF
DER
EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN

ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ
ΤΩΝ
ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ

COURT OF JUSTICE
OF THE
EUROPEAN COMMUNITIES

COUR DE JUSTICE
DES
COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES



LUXEMBOURG

CÚIRT BHREITHIÚNAIS
NA
COMHPHOBAL EORPACH

CORTE DI GIUSTIZIA
DELLE
COMUNITÀ EUROPEE

HOF VAN JUSTITIE
VAN DE
EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DAS
COMUNIDADES EUROPEIAS

EUROOPAN YHTEISÖJEN
TUOMIOISTUIN

EUROPEISKA
GEMENSKAPERNAS
DOMSTOL

DECISION 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

LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPEENNES,

en accord avec le Tribunal de première instance,

vu le 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)¹, et notamment son article 4, paragraphes 1 et 6,

vu le règlement (Euratom) n° 1074/99 du Conseil, du 25 mai 1999, relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)², et notamment son article 4, paragraphes 1 et 6,

¹ JO L 136 du 31 mai 1999, p. 1

² JO L 136 du 31 mai 1999, p. 8

vu les conclusions de la présidence du Conseil européen de Cologne des 3 et 4 juin 1999, et notamment le point 35,

- (1) considérant que ces règlements prévoient que l'Office ouvre et conduit des enquêtes administratives au sein des institutions, des organes et des organismes créés par les traités instituant la Communauté européenne (CE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA) ou institués sur la base de ceux-ci, destinées à lutter contre la fraude, la corruption et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés;
- (2) considérant que ces règlements prévoient, en leur article 4, paragraphe 6, que chaque institution, organe et organisme adopte une décision qui comprend notamment des règles relatives à l'obligation pour les membres ou dirigeants, fonctionnaires et agents des institutions, organes et organismes d'informer les agents de l'Office et de coopérer avec eux, 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;
- (3) considérant qu'il convient que cette décision couvre également les domaines visés par le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA);
- (4) considérant qu'il importe de renforcer la portée et l'efficacité de la lutte contre la fraude et la corruption en imposant ces obligations d'information et de coopération en cas de soupçons ou d'enquêtes relatifs à d'éventuels faits de fraude ou de corruption, qu'ils portent ou non atteinte aux intérêts financiers des

Communautés, ou à toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés;

- (5) considérant l'organisation institutionnelle créée par les traités et, en particulier, la mission confiée à la Cour de justice par les articles 220 à 245 du traité CE, 136 à 160 du traité CEEA et 31 à 45 du traité CECA;
- (6) considérant que, dans l'exercice de leur mission juridictionnelle, la Cour et le Tribunal doivent jouir de toutes les garanties d'indépendance prévues par les traités et les protocoles y annexés, notamment par les titres I et IV des statuts CE et CEEA de la Cour et I, II et IV du statut CECA de la Cour;
- (7) considérant, en outre, que les membres de la Cour et du Tribunal ainsi que le greffier de la Cour et le greffier du Tribunal sont tenus par leur serment de ne rien divulguer du secret des délibérations (articles 2, 8, 9, 44 et 45 du statut CE de la Cour, 2, 8, 9, 45 et 46 du statut CEEA de la Cour et 2, 13, 14, 44 et 45 du statut CECA de la Cour) et les fonctionnaires par leur serment d'exercer en toute discrétion les fonctions qui leur sont confiées (article 20, paragraphe 2, du règlement de procédure de la Cour et article 29 du règlement de procédure du Tribunal);
- (8) considérant que, eu égard aux motifs exposés aux trois points précédents, il y a lieu d'exclure l'accès de l'OLAF à des documents, pièces, rapports, notes ou informations, quel qu'en soit le support, détenus ou créés dans le cadre du traitement d'une affaire juridictionnelle pendante ou clôturée, ainsi que d'interdire

la transmission à l'OLAF de ces documents, pièces, rapports, notes ou informations;

- (9) considérant que, selon l'article 2, paragraphe 1, dernier alinéa, de la décision de la Commission, du 28 avril 1999, instituant l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)³, ce dernier peut se voir confier, par les institutions, organes ou organismes, des missions d'enquête dans d'autres domaines que celui visé au premier considérant;
- (10) considérant que, en application de cette disposition, le greffier de la Cour, le cas échéant saisi par le greffier du Tribunal, peut confier à l'Office la mission d'effectuer des enquêtes administratives destinées à rechercher des faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et des agents des Communautés, telles que celles mentionnées aux articles 11, 12, deuxième et troisième alinéas, 13, 14, 16 et 17, premier alinéa, du statut des fonctionnaires des Communautés européennes et du régime applicable aux autres agents des Communautés européennes (ci-après : "statut des fonctionnaires"), préjudiciable aux intérêts de ces Communautés, susceptible de poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales, ou une faute personnelle grave visée à l'article 22 du statut des fonctionnaires;
- (11) considérant que les enquêtes susvisées doivent être effectuées dans le plein respect des dispositions pertinentes des traités instituant les Communautés européennes, notamment du protocole sur les privilèges et immunités, des textes

³ JO L 136 du 31 mai 1999, p. 20

pris pour leur application, ainsi que du statut des fonctionnaires, et ne peuvent pas affecter la responsabilité propre et l'autonomie administrative de la Cour, ni diminuer en rien la protection juridique des personnes concernées;

- (12) considérant qu'il convient de déterminer les modalités pratiques selon lesquelles les membres de la Cour et du Tribunal, le greffier de la Cour et le greffier du Tribunal, ainsi que les fonctionnaires et agents, collaborent au bon déroulement des enquêtes internes,

DECIDE

Article premier

Obligation d'information

Tout fonctionnaire ou agent qui acquiert la connaissance d'éléments de fait laissant présumer l'existence d'éventuels cas de fraude ou de corruption ou de toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés en informe sans délai le greffier de la Cour ou, s'il relève du Tribunal, le greffier du Tribunal, qui saisit le greffier de la Cour.

Le greffier de la Cour transmet sans délai à l'Office tout élément de fait dont il a connaissance laissant présumer l'existence d'irrégularités visées au premier alinéa.

Les fonctionnaires et agents ne doivent en aucun cas subir un traitement inéquitable ou discriminatoire du fait d'une communication visée aux alinéas qui précèdent.

Lorsqu'un membre de la Cour ou du Tribunal, le greffier de la Cour ou le greffier du Tribunal acquiert la connaissance de faits visés au premier alinéa, il en informe, selon le cas, le président de la Cour ou le président du Tribunal ou, s'il l'estime nécessaire, l'Office directement.

Article 2

Modalités de coopération avec l'Office

Tout fonctionnaire ou agent est tenu de coopérer pleinement avec les agents de l'Office et de prêter toute l'assistance nécessaire aux enquêtes relatives à des cas de fraude ou de corruption ou à toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés. A cet effet, ils fournissent aux agents de l'Office tous éléments d'information et toutes explications utiles.

Lorsque le directeur de l'Office procède à une enquête au sein de l'institution, il s'adresse au greffier de la Cour et l'informe de l'objet de l'enquête, des conditions de son déroulement et de l'identité des agents chargés de l'exécution.

Sans préjudice des dispositions pertinentes des traités instituant les Communautés européennes, notamment du protocole sur les privilèges et immunités, ainsi que des textes pris pour leur application, les membres de la Cour et du Tribunal, le greffier de la Cour et le greffier du Tribunal coopèrent pleinement avec l'Office.

Article 3

Affaires juridictionnelles portées devant la Cour ou le Tribunal

Les articles 1^{er} et 2 sont inapplicables aux documents, pièces, rapports, notes ou informations, quel qu'en soit le support, détenus ou créés dans le cadre du traitement d'une affaire juridictionnelle pendante ou clôturée.

Article 4

Assistance des agents de sécurité

Sur demande du directeur de l'Office, adressée au greffier de la Cour, les agents de sécurité de la Cour assistent les agents de l'Office dans l'exécution matérielle des enquêtes.

Article 5

Information de l'intéressé

Dans le cas où apparaît la possibilité d'une implication personnelle d'un membre de la Cour ou du Tribunal, du greffier de la Cour, du greffier du Tribunal, d'un fonctionnaire ou d'un agent, l'intéressé doit en être informé rapidement lorsque cela ne risque pas de nuire à l'enquête. En tout état de cause, des conclusions visant nominativement une personne ne peuvent être tirées à l'issue de l'enquête sans qu'elle ait été mise à même de s'exprimer sur tous les faits qui la concernent.

Dans des cas nécessitant le maintien d'un secret absolu aux fins de l'enquête et exigeant le recours à des moyens d'investigation relevant de la compétence d'une autorité judiciaire nationale, l'obligation d'inviter le membre ou le greffier concerné par l'enquête à s'exprimer peut être différée, selon le cas, en accord avec le président de la Cour ou en accord avec le président du Tribunal. De même, l'obligation d'inviter le fonctionnaire ou l'agent concerné par l'enquête à s'exprimer peut être différée en accord avec le greffier de la Cour ou, s'il relève du Tribunal, en accord avec le greffier du Tribunal.

Article 6

Information sur le classement sans suite de l'enquête

Si, à l'issue d'une enquête interne, aucun élément à charge ne peut être retenu à l'encontre de la personne mise en cause, l'enquête interne la concernant est classée sans suite sur décision du directeur de l'Office, qui en avise l'intéressé par écrit.

Article 7

Levée d'immunité

Toute demande émanant d'une autorité policière ou judiciaire nationale portant sur la levée de l'immunité de juridiction d'un fonctionnaire ou d'un agent, relative à d'éventuels cas de fraude ou de corruption ou à toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers des Communautés, est transmise au directeur de l'Office pour avis. Si la demande de levée d'immunité concerne un membre de la Cour ou du Tribunal, le greffier de la Cour ou le greffier du Tribunal, l'Office en est informé.

Article 8

Assistance de l'Office dans d'autres domaines

Le greffier de la Cour, le cas échéant saisi par le greffier du Tribunal, peut confier à l'Office la mission d'effectuer des enquêtes administratives destinées à rechercher des faits graves, liés à l'exercice d'activités professionnelles, pouvant constituer un manquement aux obligations des fonctionnaires et des agents des Communautés, susceptible de poursuites disciplinaires et, le cas échéant, pénales.

Article 9

Prise d'effet

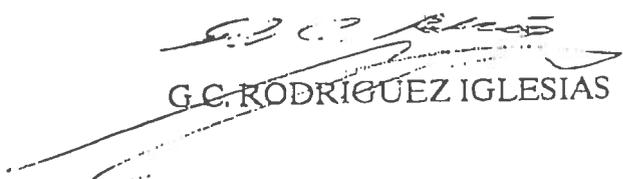
La présente décision prend effet le 1er janvier 2000.

Fait à Luxembourg, le 7. 12. 99

Le Président,

Le Greffier,


R. GRASS


G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS



EUROPEAN CENTRAL BANK

INTERNAL

12 October 1999

ADMINISTRATIVE CIRCULAR 08/99

*ECB AUDIT CHARTER***Foreword**

The ECB has to ensure that the tasks and duties conferred upon it are carried out correctly and in compliance with the Treaty establishing the European Community and the Statute of the ESCB. Given its unique role as the monetary authority for the euro area and considering that its function is fundamental for the financial sector, the ECB aims to perform at the highest quality level possible. In achieving this aim, the Directorate Internal Audit (D-IA) has been established as an independent appraisal function with the role of examining and evaluating the activities of the ECB. This Audit Charter describes in general terms the status, responsibilities and methods of the D-IA.

As in any institution, the functioning of the ECB requires the delegation of authority and responsibility to its various organisational units. This in turn requires the implementation of internal control functions for ensuring that each unit is correctly performing its duties with all the efficiency and effectiveness required.

The role of Internal Audit is – on the basis of an analysis of the organisation and control systems set up by each unit – to assess the efficiency and relevance of the functioning of the services and to propose improvements. Internal audit is an independent appraisal function, whose role is to assist the members of our institution, including management, in efficiently carrying out their responsibilities.

In this respect, the audit function should therefore be regarded as a constructive and positive element, similar in kind to preventive maintenance or insurance against risks – to mention examples drawn from other fields.

In a modern conception of its role, internal audit must, as far as it may, especially when the financial implications are substantial, be successful in detecting and anticipating risks. To achieve this objective at the request of senior management or also on its own initiative, internal audit will carry out its analyses in a forward-looking perspective.

INTERNAL

The activity of the audit function may lead to certain irregularities being brought to light. This aspect of its responsibilities is natural and reflects the need for any institution to protect itself against its own internal vulnerability.

The role of the audit function and its contribution to the improvement of the overall performance of our institution cannot be exercised effectively unless:

- its partners are informed of its objectives and its methods;
- a code of professional ethics is defined to guide its activity.

These are the goals of this charter.

1. Audit Charter of the Directorate Internal Audit

The present charter describes in general terms the status, responsibilities and methods of the D-IA.

1.1. Status

D-IA is an independent appraisal function established within the ECB to examine and evaluate its activities. It functions under the direct responsibility of the President of the ECB, thereby ensuring that it can work freely and objectively.

D-IA shall be independent of the activities it audits and the internal auditors have no authority or direct responsibility for the activities they audit. Thus D-IA does not prepare records or engage in activities which it should normally monitor or assess.

1.2. Responsibilities

a) Fields of application of the function

All parts of the institution may be subject to internal auditing.

D-IA is authorised to contact all staff and to access all records and physical properties deemed necessary for the performance of the audits. The President shall be informed immediately of any attempt to hinder D-IA in the performance of its duties. The auditor must respect the rules of the profession on ethical practices and in particular must guarantee the confidentiality of information accumulated during the audits.

In addition, the ECB D-IA shall contribute, in accordance with the ESCB Audit Policy, to reviewing ESCB-wide activities. Within the framework of the Internal Auditors Committee, it shall make proposals for the definition of Audit Standards to be applied to ESCB common infrastructures.

INTERNAL

In accordance with the framework established in the Decision of the ECB on Fraud Prevention, the ECB D-IA has the responsibility of investigating and reporting on fraud issues, as well as on compliance with the codes of conduct to be respected by the Executive Board and all members of staff of the ECB. D-IA shall report on fraud issues to the Anti-Fraud Committee referred to in that Decision.

b) Nature of work

Each organisational unit (Division, Directorate, Directorate General) is responsible for its internal control and efficiency. The D-IA is not a substitute for the various internal and operational control functions, which have to be performed on a permanent basis.

In this respect, D-IA will periodically, on a non-continuous basis, assess and evaluate the adequacy and effectiveness of the organisation's system of internal control and the quality of performance in carrying out assigned responsibilities. In this respect, the D-IA aims at providing an independent and objective analysis of operations along with guidelines for improvement, for the benefit of all levels of management of the ECB.

Adhering to the spirit of the international IIA (Institute of Internal Auditors) Code of Standards for the professional practice of Internal Auditing, the D-IA at the ECB shall:

i) Assess internal control and suggest improvements, i.e.:

- review the reliability and integrity of financial and operating information as well as the means used to identify, measure, classify and report such information;
- review the systems established to ensure compliance with policies, plans, procedures, laws and regulations which could have a significant impact on the organisation's operations as well as the presentation of information, and determine whether the organisation is in compliance;
- review the means of safeguarding assets and, as appropriate, verify the existence of such assets;
- identify and assess potential risks.

ii) Assess the organisation's efficiency and suggest improvements, i.e.:

- appraise the economy and efficiency with which resources are employed;
- review the operations and programmes of the audited unit to ascertain whether results are consistent with established objectives and goals and whether operations and programmes are carried out as planned.

The nature of the services provided by internal audit is different from those rendered by other related functions or professions.

INTERNAL

- The external auditor certifies financial statements and signs them; the internal audit also operates within the accounting and financial fields but is mainly concerned with procedures and the organisation of accounting departments as well as the relevance of the operating report and the swiftness with which reports are issued.
- Consultants are called in because of their specialised knowledge of solutions to be applied to a problem which has already been identified: they work for the order-giver who remains the owner of the report which is ultimately produced.

The internal auditor is a generalist trained to investigate: his main role is to highlight problems (malfunctioning and risks) and corroborate their existence with facts, then to propose solutions.

1.3. Methods

a) Annual programme

The Director of Internal Audit will draw up an audit plan every year and submit it for approval to the President. The plan is based on the analysis of the risks of the activities of the ECB and provides information about how the programme is to be carried out. This programme is communicated to the Executive Board, the external auditors and the European Court of Auditors.

This programme should leave sufficient room for one-off missions. It may be modified during the year or may be only partly carried out. D-IA may intervene on instructions from senior management or on its own initiative. The President may entrust D-IA with one-off missions.

b) Types of missions

Missions may be carried out a priori or a posteriori:

- a priori through the involvement of D-IA in the assessment of the security and control aspects of new projects and its participation in relevant committees, in particular those supervising automation projects,
- a posteriori through the review and evaluation of systems and procedures already operational, of the assessment of the organisation's efficiency and the analysis of incidents which may affect the security of the operations at the ECB.

D-IA may carry out "control" or "consultancy" missions covering one organisational unit or relating to several units at the same time (investigation of an issue).

It may also carry out "limited objective" missions to provide an ad hoc evaluation of any new project or of major modifications to systems, procedures or working methods.

INTERNAL

“Follow-up” audits may also be carried out, in order to verify that the recommendations and the action plans of a mission have actually been implemented.

c) *Various stages of a mission*

- In general, the intervention of D-IA is the subject of a mission order, which may be established by the D-IA itself. It indicates what is to be audited. This does not exclude the possibility that missions may be carried out unexpectedly (audit of valuables, audit relating to security, etc.).
- The mission may be preceded by an informal preliminary phase of an unspecified duration aimed at ascertaining the strong and weak points of the field audited.
- The mission itself is carried out.
- The facts observed and recommendations are discussed and validated with the audited units.
- A draft audit report is discussed with the head(s) of the audited unit(s), in order to validate the detailed findings.

Then, the final audit report is sent to the unit(s) concerned and to the Member(s) of the Executive Board in charge of the activity audited and to the Director General/Director to which the audited unit(s) belong(s).

The report may contain “calls to order” if and to the extent that existing rules were not respected. In this case, these remarks call for immediate corrective measures.

Recommendation follow-up sheets are attached to each report. They include deadlines for execution as well as identification of the units or persons in charge of implementing them.

- The unit has two weeks from the date of receipt of the report to respond, propose a plan of action and an implementation date.

Using the recommendation follow-up sheets, the unit may:

- fully or partially acknowledge the validity of the recommendations and take the necessary steps to implement them, either immediately or in accordance with a timetable notified to D-IA;
- examine the recommendations;
- reject the recommendations, giving in full the reasons for its refusal to implement the recommended measures. In such a case, D-IA may accept the reasons given by the department concerned, or may not, if it is of the opinion that it is an essential point, particularly if it concerns security. In the latter case, it falls to the President to settle the dispute.

INTERNAL

The Director of Internal Audit shall:

- assess and approve answers from audited units;
- update a file on progress made on implementing recommendations;
- communicate to the President the final report with the answers of the unit, thereby ending the mission.

D-IA reserves the right to verify – within a period which will depend on the timetable – that the measures accepted have actually been implemented.

Any significant dispute or remaining problem shall be submitted to the President of the ECB for a decision.

If the recommendation concerns several units, answers must be provided by each unit concerned. The answers will be exchanged and sent to the other unit(s).

However, when D-IA performs “consultancy” tasks (e.g. organisation of a unit, implementation of a new procedure or installation of new software) or gives a one-off opinion on a subject, or a call to order necessitating rapid intervention (e.g. a call to order or comment on the regulatory provisions regarding security, efficient use of resources, etc.), this form of report is not used, but rather takes the form of a simple note addressed to the unit(s) concerned and, depending on the matter, to the President. This note may require a written answer.

d) Relations between D-IA and other organisational units

In general, D-IA will liaise with the relevant Directorate General/Directorate to inform it about D-IA’s goals, learn about its projects and gather its suggestions on such matters as it sees as sensitive and where assistance seems to be called for in its view: it may be useful before commencing an audit mission, but also when drawing up the programme for the mission by the D-IA, for the Directors General/Directors to be able to make suggestions.

Directorates General/Directorates shall inform D-IA without any delay of any major or significant incident observed as well as about any complaint or objection formulated more specifically in the security and accounting field. They shall inform D-IA about any major project which might have an effect on their operations and in particular about any security or control measures which have been or will be implemented.

The respective procedures and documentation of the units should be available to D-IA upon request. In this respect, D-IA may also need permanent (read) access to operational systems, online documentation and incident and change databases.

INTERNAL

For projects deemed to be important in view of the size of investment or the sensitivity of the field, D-IA is involved in their study or implementation – notably for forecasting measures aimed at preventing or detecting errors and faults which can occur during operations.

Should outside consultants be called upon, D-IA will be notified in advance, in order to avoid starting an audit at an unsuitable moment.

2. Code of ethics

The D-IA adheres to the spirit of the principles of the IIA Code of Ethics laid down by the profession. The most important of these are the obligations of:

- Honesty and loyalty;
- Objectivity;
- Professional secrecy;
- Due professional care.

2.1. Honesty and loyalty

An auditor shall abstain from becoming involved in any activity which might create a conflict of interests with his/her employer and prevent the auditor from fulfilling his/her obligations and coping with his/her responsibilities.

An auditor shall not accept anything of value which might jeopardise or seem to jeopardise the auditor's professional judgement.

An auditor shall not knowingly take part in an illegal or dishonest activity.

2.2. Objectivity

Objectivity is linked to the auditor's adopting an independent attitude towards the functions to be controlled.

Reporting to the President guarantees the D-IA its independence vis-à-vis the audited departments.

2.3. Professional secrecy

Auditors shall be bound by confidentiality and must respect professional secrecy.

They shall use the information obtained while carrying out professional duties with great care.

INTERNAL

No confidential information may be used, under any circumstances, to derive a personal profit or damage the employer's interests.

2.4. *Due professional care*

Due professional care and observance of applicable professional auditing standards are to be exercised in all aspects of the auditor's work.

This Administrative Circular shall replace the *Administrative Circular of 23 February 1999 on the ECB Audit Charter (04/99)*.

Done at Frankfurt am Main on 23 February 1999 and revised on 12 October 1999.

For and on behalf of the Executive Board

[Signature]

Willem F. Duisenberg
President



EUROPEAN CENTRAL BANK

INTERNAL AUDITORS COMMITTEE
SEC/GovC/6/98/07b (TAG 98/93rev)

7 October 1998
STRICTLY CONFIDENTIAL

ESCB AUDIT POLICY

1. Introduction

As far as joint projects and joint components of the systems of the European System of Central Banks (ESCB) are concerned, this document defines the role, responsibilities, objectives and reporting lines of Internal Auditors of the European Central Bank (ECB) and National Central Banks (NCBs) and their relationship with external auditors.

The reason for establishing a framework for the Internal Audit of the ESCB, through co-ordinated work involving the NCB/ECB Internal Auditors, is to ensure audit coverage of those systems or procedural risks that cannot be addressed exhaustively at the local level. However, all those risks which fall outside the common framework are subject only to local audit coverage by NCB or ECB Internal Auditors, as appropriate.

The audits of joint projects have to be co-ordinated and carried out according to common principles and methodologies. Therefore, an Internal Auditors Committee (IAC) has been established, within which the Internal Audit functions of the NCBs and the ECB will co-ordinate their work.

Sections 2 and 3 below describe the role and responsibilities of Internal Audit within the ESCB and the kinds of generic task it may be expected to undertake. Section 4 describes the role, composition, objectives and broad approach of the IAC. Section 5 describes the involvement of external auditors in ESCB audit work.

2. Role and responsibilities of Internal Audit within the ESCB

It is the responsibility of Management to put in place an appropriate system of internal control. Internal Audit provides an independent assessment of all the significant operating risks and existing controls over those risks. To that end, Internal Audit will examine, report upon and, if appropriate, suggest improvements to internal controls within the ESCB.

The responsibilities of Internal Audit within the ESCB are broken down as follows:

- The Internal Audit functions of the NCBs are responsible for auditing the local systems and operations of their respective NCB (including the local components of ESCB systems).

- The ECB's Internal Audit's responsibilities for the ESCB cover the following:
 - the ECB's information systems;
 - those parts of the ESCB's systems which are operated or administered by ECB's staff;
 - the assets and liabilities entered in the ECB's balance sheet and operations related to the ECB's balance sheet;
 - the ESCB's functions, processes or systems in respect of components physically located at the ECB or for which running costs are entered in the ECB's Profit and Loss Account.

Depending on the type of audit envisaged, specific arrangements can be made between the ECB's and NCBs' Internal Auditors.

- Joint ESCB projects and joint components of ESCB systems, as specified in an annual audit programme, will be audited using a common approach. The IAC is responsible for co-ordinating these joint audits.

In order to perform their role properly, Internal Audit functions should:

- be independent of the operational management, which is responsible for managing risk on a day-to-day basis;
- have adequate reporting lines to safeguard their independence;
- have direct access to all information within their own organisations;
- have adequate staff with appropriate skills and qualifications; and
- apply generally accepted principles and professional standards.¹

3. Tasks of Internal Audit

Although there may be differences in the way in which the Internal Audit functions of the ECB and the NCBs operate, it is generally recognised that the Internal Audit tasks comprise, inter alia:

- auditing annual statements;
- auditing the scope, effectiveness and efficiency of internal controls and procedures;
- auditing the application and effectiveness of risk management procedures and, if appropriate, the identification and analysis of risks;
- auditing controls over information systems, including electronic information systems, accounting and other records;
- testing transactions and the operation of specific internal control procedures;
- conducting special investigations, e.g. in fraud cases; and
- advising on and monitoring projects during their development and drafting procedures.

¹ Principles and standards of the relevant professional institutes such as the International Federation of Accountants (IFAC), the Information Systems Audit and Control Association (ISACA), the Institute of Internal Auditors (IIA), etc.

4. The Internal Auditors Committee

Introduction

The ESCB will share common systems and procedures and exchange data. Internal consistency in the management of ESCB systems and procedures is an essential pre-condition for their effective functioning.

Given the autonomy and varying responsibilities of the ECB's and individual NCBs' Internal Audit functions, differences between the constituent parts of the ESCB exist, inter alia, in audit methodology and philosophy.

Hence it is important to co-ordinate the audits of joint projects and joint components of ESCB systems and to use generally accepted auditing principles and standards. Therefore, the Internal Audit functions of the ECB and the NCBs will work together within the IAC.

Composition of the IAC

The IAC will comprise authorised representatives of the Internal Audit function of the ECB and of each NCB. The Governing Council will appoint the chairperson. The secretarial function will be performed by the ECB.

Objectives of the IAC

The objectives of the IAC are:

- to define common standards for the joint audits of common ESCB processes, operations and systems;
- to define common standards for internal audit work in the field of financial reporting;
- to exchange information on audit best practices and to promote the exchange of technical expertise; and
- to co-ordinate joint audit projects and reports.

Organisation of the work of the IAC

The IAC will make recommendations for co-ordinated audit work in the following year. This will be derived from a risk-based overview of activities. In order to perform its risk analysis, the IAC will take into consideration the ESCB as a whole, but it will address only the risks that cannot be addressed locally (subsidiarity principle). The overview of activities, which will take account of the availability of resources at each of the NCBs and at the ECB, will be submitted to the Governing Council for endorsement via the Executive Board of the ECB. Once endorsed it will provide the annual audit plan for that year.

The Governing Council or, after consultation with the Governor of the national central bank involved, the President can commission, at any time, special investigations outside the annual audit plan for the

IAC. In such circumstances, the annual audit plan will be reviewed so that lower priority work can be omitted or deferred in order to accommodate the work commissioned outside the annual audit plan.

The IAC will produce consolidated reports on joint audit projects. The reports will reflect all the views expressed within the IAC. These reports are to be submitted in accordance with the reporting line of the ESCB Committees.

At least annually, the IAC will prepare a report on IAC activities during the preceding period for submission to the Governing Council via the Executive Board. This report will highlight issues of general concern or specific issues arising from joint audits or other audit-related tasks affecting the ESCB as a whole.

5. External auditors

In order to fulfil its duty (to give an opinion on the financial statement), the external auditor of the ECB may rely on the work of the external auditors of the various NCBs. As a general principle, external auditors may rely on internal audit work in order to be able to conclude in their opinion on the financial statement and the internal control system that the internal auditors' work has met the required standards. It is also common practice in many countries for the external auditors to review the work of Internal Audit in respect of those processes that contribute to the preparation of the financial statement.

COUNCIL OF
THE EUROPEAN UNION-----
The President16th November 1999Mr Wim DUISENBERG
President
European Central Bank
Kaiserstrasse, 29
D-60311 FRANKFURT AM MAIN

Dear Mr. Duisenberg,

Following your letter of 20th October 1999 regarding OLAF, I can confirm that there seems to be no substantial policy disagreement between the Council and the ECB as regards the commitment to and the importance of the fight against fraud. Concerning the establishment and implementation of the European Anti-Fraud Office OLAF your position has been known since your letter dated 15th April 1999 as well as through your representative in the Council's Working Party Against Fraud which prepared the Regulation and Interinstitutional Agreement pertaining to OLAF, and from your own statement in the Council on 25th May 1999.

The Council however, in co-decision with the European Parliament, adopted on 25th May 1999 two Regulations together with an Interinstitutional Agreement. These acts give OLAF the task of carrying out administrative investigations within all the institutions, bodies, offices and agencies of the Communities, without exception.

As for the decision which the European Central Bank took on 7th October 1999, your letter dated 7th October 1999 was immediately made available to the Council at its meeting room.

The Council nevertheless adopted by common agreement of its Members its conclusions of 8th October 1999 which deal with the current state of the implementation of the two Regulations and the Interinstitutional Agreement pertaining to OLAF and not with the internal control arrangement in general. On this occasion I would like to recall the conclusions, which state, *inter alia*, that « the Council fully respects the independence of the European Bank within the framework laid down by the treaty. It welcomes the Bank's readiness to strengthen the fight against fraud. However, it notes that no action has yet been taken to implement the Community provisions regarding OLAF. The Council asks that all necessary provisions be adopted without further delay, in particular the decision required by Article 4 of Regulation n° 1073/99 ». The Council's concern here is not the general commitment to the fight against fraud but an effective implementation of Community law, and in particular the two Regulations on OLAF.

The Council is delighted that the ECB shares the Council's commitment as regards the importance of the fight against all kinds of fraudulent activity. I believe that the European Anti-Fraud Office OLAF as a fully independent and specialised investigation agency can provide added value to the ECB in the investigation and prevention of fraud

Yours sincerely,



Sauli NIINISTO