

PREFACE

En conclusion de l'avant-propos à l'ouvrage *Les Agences de l'Union européenne, Recherche sur les organismes communautaires décentralisés* (1), issu d'un colloque qui s'était tenu de 8 juin 2001, nous pouvions écrire: «*Ainsi la pratique quelque peu foisonnante des Agences de l'Union européenne accompagne-t-elle l'expansion d'une construction qui reste en devenir. A défaut sans doute d'avoir atteint son stade de maturité, cette pratique est déjà suffisamment établie pour pouvoir être appréhendée sous tous ses aspects*».

Dix ans après que ces lignes aient été écrites, et alors qu'un nouveau colloque, dont le présent ouvrage est à son tour issu, s'est tenu les 11 et 12 mars 2010 (2), tant le besoin se faisait sentir de faire le point sur les développements récents du recours par l'Union à l'institution d'Agences, la question peut être posée de savoir si les appréciations portées à l'époque demeurent pertinentes aujourd'hui. Force est de répondre par l'affirmative.

«*Construction en expansion*»: le constat est d'une actualité encore plus évidente. Si les deux premiers organismes de ce type sont apparus dès 1975 et si, au cours de la décennie 1990, une dizaine d'autres sont venus s'y ajouter, la décennie suivante a vu une accélération très sensible du phénomène, au point que les termes de «*pléthore*» ou de «*prolifération*» sont désormais couramment utilisés. Le nombre d'Agences et organismes assimilés a en effet été multiplié par trois et l'on dépasse en 2011 la quarantaine (3). Encore ne s'agit-il que des Agences dites – même si certaines d'entre elles ne méritent pas ces qualificatifs – «*décentralisées*» ou «*de régulation*»; on sait que, depuis 2002, une autre catégorie est apparue, celle des Agences exécutives, qui répondent à une finalité différente: l'externalisation par la Commission de tâches de gestion de certains programmes européens. On compte en 2011 six organismes de ce nouveau type.

(1) Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, collection des Etudes de l'IREDE, 2002.

(2) Ce colloque, comme celui de 2001, s'est inscrit dans le cadre des Journées Guy ISAAC, qui portent le nom de celui qui fut à l'origine des recherches sur le thème des Agences de l'Union et auquel il est ainsi rendu hommage.

(3) La liste des Agences de l'Union et organismes assimilés, telle qu'elle peut être dressée en 2011, figure en annexe de l'ouvrage.

« Pratique foisonnante » : l'appréciation se vérifie encore plus nettement. Au plan des dénominations retenues pour désigner les Agences, dont la palette est aujourd'hui d'une grande variété : Agence certes, mais aussi, selon le cas, Autorité, Office, Observatoire, Bureau, Centre, Fondation, Institut, Collège, Unité, Entreprise... Au plan, surtout, des missions remplies par ces divers organismes : les tentatives malaisées de classification, auxquelles se sont livrées notamment la Commission et la Cour des comptes européenne – et dont il est fait état dans le présent ouvrage – traduisent bien, de la part de ces institutions et face aux tâches d'une extrême diversité qui sont de nos jours confiées aux Agences, une prise de conscience de la difficulté croissante à appréhender clairement le phénomène auquel elles correspondent. L'hétérogénéité des Agences est en effet allée croissant au fur et à mesure qu'elles se multipliaient.

Aussi bien – et signe que leur « stade de maturité » n'est toujours pas atteint – la nécessité d'un cadre commun aux Agences dites « décentralisées » ou « de régulation » – même s'il ne pourra être, eu égard aux différences qui existent entre elles, aussi complet que celui qui a accompagné la mise en place des Agences exécutives – se fait de plus en plus sentir. Les initiatives de la Commission ont été nombreuses en ce sens, tout au long des années 2000, la plus marquante, malheureusement non suivie d'effets, ayant été une proposition d'accord interinstitutionnel faite en 2005. Les travaux de la Commission, qui sont analysés dans le corps de l'ouvrage, ont pris depuis lors d'autres formes, mais la conviction est largement partagée que le développement du phénomène des Agences doit être maîtrisé, à peine d'un démembrement non contrôlé de l'administration de l'Union. Toutefois l'idée, souvent avancée, d'un « moratoire » dans la création des Agences, en attendant l'établissement d'un cadre commun, ne s'est pas concrétisée puisque la réponse – institutionnelle – à la crise financière qui s'est propagée depuis 2008, a tout dernièrement pris la forme de la mise en place de trois nouvelles Agences.

C'est dire l'intérêt que revêtait une nouvelle étude, une dizaine d'années après qu'eût été menée la précédente. Cet ouvrage en est l'aboutissement. La problématique du recours aux Agences y est tout d'abord reprise, tant dans une perspective de comparaison des organisations administratives nationales qu'en fonction des spécificités de l'Union européenne. Un certain nombre d'éclairages sont ensuite apportés sur des domaines, anciens ou récemment apparus, de l'activité des Agences ainsi que sur des aspects originaux de leur mode de fonctionnement. Enfin, un bilan de la pratique des Agences est dressé, préalablement

à un état des réflexions en cours concernant la place grandissante qu'elles occupent dans le schéma de la gouvernance européenne.

Au-delà de l'étude des manifestations du phénomène des Agences, l'ouvrage met ainsi en évidence les enjeux, de nature non pas seulement administrative mais bien politique, de la création par l'Union de cette constellation d'organismes qui désormais l'entoure et la prolonge.

JOËL MOLINIER

LE THÈME DE L'AGENCE ET LA RÉFORME DES ADMINISTRATIONS CENTRALES

PAR

GÉRARD MARCOU

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PARIS I PANTHÉON-SORBONNE,
ECOLE DE DROIT DE LA SORBONNE, UMR DE DROIT COMPARÉ

L'agence est bien un sujet. On en parle, et les institutions qui portent ce titre se sont multipliées, bien que mot agence n'ait pas de signification institutionnelle précise. Mais la fortune du mot, comme d'autres (subsidiarité, gouvernance, partenariat...), conduit à le reconnaître comme porteur de sens par les utilisations qu'on en fait.

Mais de quel sens est-il porteur ?

Au premier abord, c'est la confusion qui domine. Si on identifie toutes les institutions qui portent le titre d'agence on est confondu par la diversité et l'hétérogénéité de leurs statuts juridiques. Quelques exemples suffiront à s'en convaincre :

- L'Agence des Participations de l'Etat est un service à compétence nationale (décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004) ;
- L'Agence nationale des Titres sécurisés (ANTS) est un établissement public administratif (décret n° 2007-240 du 22 février 2007) ;
- L'Agence nationale de la Rénovation urbaine (ANRU) est un établissement public industriel et commercial (loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003, art. 10, mod. par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006) ;
- L'Agence nationale pour l'Information sur le Logement (ANIL) est une association de la loi de 1901 créée en 1975 sous l'impulsion des pouvoirs publics, qui agit par l'intermédiaire d'associations départementales et qui est liée par ses dirigeants aux caisses d'allocations familiales, aux associations familiales et aux organismes de logement social ;
- L'Agence d'Evaluation de la Recherche et de l'Enseignement supérieur (AERES) est une autorité administrative indépendante (C. recherche : art. L.114-3-1 ; loi n° 2006-450 du 18 avril 2006) ;

BRUYLANT

- L'Agence française de Lutte contre le Dopage (AFLD) est une autorité publique indépendante (C. sport : art. L.232-5, loi n° 2006-405 du 5 avril 2006).

Chacune de ces qualifications juridiques correspond à un régime juridique différent. La conclusion d'impose : le mot agence n'a pas de sens juridique en droit public français.

Mais la fortune du mot n'est pas moins grande chez nos voisins, sans davantage de rigueur. Seule l'Espagne semble avoir voulu conceptualiser l'agence comme un type spécifique d'institution administrative, avec la loi de 2006 sur les agences de l'Etat, mais ces agences ressemblent beaucoup à des établissements publics. Dans d'autres pays ont vu s'affirmer une conception assez claire de l'agence mais basée sur des choix d'organisation administrative, non sur des qualifications juridiques ; on peut citer ici comme exemples les réformes britanniques de la fin des années 80 et, de manière peut-être inattendue, les réformes administratives introduites en Russie à partir de 2004.

Ces exemples très divers suggèrent déjà la dimension internationale du thème de l'agence. Il existe en effet un discours unificateur sur l'agence, qui a été diffusé par certaines grandes organisations internationales, notamment l'OCDE. De nombreux gouvernements l'ont repris à leur compte et invoquent l'agence comme la référence à un modèle d'organisation administrative dont ils s'inspireraient, bien que les raisons des réformes puissent être très différentes et leur contenu soit, en réalité, très hétérogène. Il faut donc rechercher ce qui caractérise les réformes derrière la représentation qui en est donnée pour savoir si l'on peut identifier des caractéristiques fonctionnelles ou substantielles permettant de fonder une notion d'agence (4).

La comparaison internationale montre que l'on est bien à la recherche d'un nouveau type d'institution administrative gestionnaire. Les travaux réalisés dans le cadre de l'OCDE et les échanges entre les administrations nationales organisés dans ce cadre ont contribué à structurer un discours sur la réforme des administrations centrales, qui a ensuite servi de références à diverses réformes. L'OCDE exprime aujourd'hui une position plus prudente et critique sur le développement des agences. Un retour sur les débats qui ont eu lieu en France sur la réforme de la gestion publique montre que la thématique n'est pas si nouvelle qu'il y paraît (I). Malgré l'unité ou la convergence des discours sur les agences,

(4) Nous reprenons ici et développons la réflexion et l'analyse comparative publiée dans : MARCOU, G. (2009), « Agences : les équivoques de la réforme de la gestion publique à la lumière des expériences françaises et étrangères », *Rev. fr. Fin. publ.* n° 105, février 2009, p. 149.

les réformes qui s'en réclament répondent à des circonstances et à des motivations très diverses, et leurs modalités ne le sont pas moins. L'unité du discours ne se retrouve donc pas dans les réformes observables. A cet égard, on peut distinguer deux grandes catégories de réformes : certains pays ont mis en œuvre des réformes de structure, plus ou moins radicales, qui comportent l'introduction d'une institution administrative nouvelle, appelée agence (mais parfois aussi sous un autre nom) ; d'autres pays, plus nombreux, ont utilisé l'agence comme référentiel de réformes qui continuent de s'appuyer sur les institutions administratives existantes mais dont le but est de promouvoir de nouveaux modes de gestion (II). Autrement dit, si la connotation positive qui accompagne la référence à l'agence tient à ce qu'elle s'inscrit dans un discours managérial consensuel orienté vers la recherche de l'efficacité par la réforme de l'organisation administrative, les réformes réellement mises en œuvre sont beaucoup plus idiosyncratiques et sont tributaire du système administratif dans lequel elles interviennent.

I. – LA RECHERCHE D'UN NOUVEAU TYPE D'INSTITUTION ADMINISTRATIVE GESTIONNAIRE

Il convient d'éviter ici une confusion fréquemment commise à la faveur d'expressions devenues très courantes mais également vagues : l'agence, l'autorité de régulation, l'autorité administrative indépendante – cette dernière catégorie étant aujourd'hui mieux définie. On glisse trop facilement de l'une à l'autre en se satisfaisant du seul fait qu'il s'agit toujours d'entités différentes de l'administration ministérielle traditionnelle. Cette confusion est facilitée par le fait que l'on croit dans tous les cas en trouver l'origine dans les fameuses « agences indépendantes » américaines, de leur vrai nom « commissions réglementaires fédérales » (*federal regulatory commissions*), dont la nature et les fonctions sont souvent mal comprises. On reviendra plus loin sur le cas des Etats-Unis, mais une chose est certaine : dans le cadre de l'Union européenne la confusion n'est pas possible : si chaque Etat est maître de son organisation administrative, c'est à la condition qu'elle lui permette de se conformer à ses obligations communautaires et, précisément, lorsque l'ouverture à la concurrence s'accompagne de la mise en place d'une régulation, les directives et la jurisprudence, notamment avec l'arrêt du 9 mars 2010, imposent que les autorités qui en sont chargées soient indépendantes des autorités politiques. Agences et autorités de régulation ne doivent donc pas être confondues.

Pour comprendre ce que peut signifier l'agence commençons par rappeler comment les doctrines de la « *nouvelle gestion publique* » ont influencé les discours sur les agences et les réformes qui s'en sont inspirées, en tenant compte des expériences qui les ont inspirées en partie (A). Puis nous verrons que la France n'est pas restée à l'écart de ce mouvement ; d'une certaine manière elle l'a même anticipé, mais la réforme de la gestion publique a été dominée en France par la réforme budgétaire (B).

A. – *L'agence et la « nouvelle gestion publique »*

La « *nouvelle gestion publique* » (*New Public Management – NPM*) a pris une importance considérable dans les débats internationaux depuis les années 80 sur les réformes administratives. Dans une littérature considérable il y a place, bien sûr, pour différents courants. De plus, la nouvelle gestion publique ne se réduit pas à la question des agences ; celle-ci n'en est qu'un sous-produit, qui n'a d'ailleurs pas été exploité ou appliqué dans tous les pays qui ont adhéré à ce mouvement.

Sans entrer dans les détails, nous croyons pouvoir résumer l'agenda de la réforme de la gestion publique par les idées suivantes, pour ce qui concerne les missions qu'il ne convient pas de laisser au secteur privé :

- la gestion doit être orientée en fonction des résultats visés ;
- les gestionnaires doivent être responsables des résultats obtenus ;
- pour cela, il convient d'assurer une séparation des fonctions managériales et des responsabilités politiques ;
- et de déterminer des missions précises, avec des objectifs en fonction desquels les moyens sont alloués et permettant une évaluation ;
- l'administration doit être plus ouverte et réactive afin d'agir avec plus d'efficacité.

Ces principes expriment en creux une critique de l'administration ministérielle traditionnelle caractérisée par la hiérarchie, l'intégration des fonctions sous l'autorité du ministre et des contrôles tendant à assurer la régularité de l'action administrative. Pour réaliser ces nouveaux principes, on considère qu'il faut, à l'inverse, une plus grande spécialisation des organisations administratives et que leurs responsables disposent d'une plus grande autonomie pour leur gestion. L'agence peut désigner en fait tout type d'organisation administrative réunissant ces deux caractéristiques. Mais il est bien évident que, selon le pays, l'agence ainsi comprise peut prendre des formes juridiques

et organisationnelles très variées et être utilisée de manière plus ou moins extensive.

Alors que les théories de la « *nouvelle gestion publique* » sont d'origine américaine, il faut rappeler que le mot « *agency* » n'a pas, en américain, le sens spécifique que l'on croit attribuer au mot agence en français. Le mot « *agency* » s'applique à toute autorité administrative habilitée à prendre des décisions réglementaires ou individuelles indépendamment de son statut juridique : ainsi un ministère fédéral (« *department* ») est un « *agency* » au même titre qu'une « commission réglementaire fédérale » (*Federal Regulatory Commission*), à quoi la littérature française réduit souvent les « agences » américaines. Le Code fédéral de procédure administrative (*Administrative Procedure Act*, 1946) s'applique de la même manière aux différentes catégories d'agences au sens américain et pour les mêmes actes (5).

En ce qui concerne la Suède, souvent citée, le mot « agence » est une traduction correcte et généralement acceptée pour « *ämbetsverk* », nom composé qui signifie littéralement « administration d'une fonction », aujourd'hui elles peuvent aussi avoir des statuts différents en fonction de leur mission. Mais il reste vrai que le ministère au sens français n'existe pas en Suède et qu'à chaque ministère sont rattachées de nombreuses « agences », qui ne sont cependant pas placées sous l'autorité du ministre ; les plus importantes ont une organisation qui les rapproche toutefois d'un ministère sans ministre. Ce système, propre au développement administratif de la Suède a exercé une certaine influence sur les réformes britanniques.

En outre, ni dans le vocabulaire ni dans le vocabulaire français ni dans le vocabulaire américain le mot « agence » n'est associé à l'idée d'une « autonomie » de gestion ou de décision ; il implique seulement une responsabilité opérationnelle. Les économistes l'expriment par la distinction « principal / agent ». Le « principal » est le donneur d'ordre, l'« agent » est l'exécutant, il est responsable de la fourniture de la prestation ou de l'accomplissement de la mission mais la « discrétion managériale » dépendra de l'étendue et de la nature des contrôles, ainsi que des asymétries d'information. Précisément, dans l'esprit de la nouvelle gestion publique les relations entre principal et agent sont « actives » et exigent du principal qu'il puisse aménager avec les agents les « contrats » (pas nécessairement au sens juridique du terme)

(5) D. CUSTOS (2006), « The rulemaking power of independent regulatory agencies », *American Journal of Comparative Law*, vol. LIV, Automne, pp. 615 et s.

qui orientent le comportement des agents pour atteindre les objectifs visés (6).

Le débat sur les agences a pour fondement la critique de l'administration ministérielle classique à partir des conceptions de la « nouvelle gestion publique », qui trouve elle-même son origine dans les théories économiques néo-libérales, notamment l'école du *Public Choice* (7).

L'idée essentielle en est que l'intégration des fonctions administratives à l'intérieur de l'organisation hiérarchisée du ministère devient un facteur d'inefficacité et de blocage à mesure que se développent les missions publiques et que l'environnement de l'action administrative devient plus changeant. Il convient alors de réexaminer les fonctions que les administrations assurent pour déterminer celles qui doivent être laissées au secteur privé et celles qui devraient être détachées de l'administration ministérielle pour être confiées à des unités opérationnelles sous le contrôle des autorités politiques.

Le cycle d'intégration/centralisation des fonctions administratives cède alors devant une tendance à la différenciation organisationnelle recherchant des modes d'organisation et de gestion qui permettraient de mieux identifier les missions de chaque organisme, les responsables, et de pouvoir évaluer ainsi les résultats obtenus par rapport à des objectifs fixés (8). Cette évolution tend alors à privilégier des modes d'organisation qui sont en charge d'une mission individualisée et prennent un caractère opérationnel. C'est leur nature opérationnelle qui est le fondement de leur individualisation au sein de l'organisation administrative. Opérationnel n'est pas compris ici dans le sens physique ou matériel, mais de ce qui relève de la mise en œuvre à l'intérieur d'un cadre d'action préalablement posé. Pour qu'il y ait agence il faut qu'il y ait une autorité politique qui ait fixé ce cadre d'action et qui en contrôle le respect. Telle est également la limite de l'autonomie dont on fait l'un des mérites des agences par rapport à l'administration ministérielle.

La diffusion de la notion d'agence est donc liée à la recherche de modes d'organisation spécifiquement opérationnels pour la mise en œuvre de missions publiques, et dont on pourra évaluer la performance

(6) X. GREFFE (1994), *Economie des politiques publiques*, Dalloz, pp. 96-97.

(7) Elles ne sont pas nouvelles. La première synthèse en français est celle de X. GREFFE, *Analyse économique de la bureaucratie*, Paris, Economica, 1981; voir aussi: A. LABOURDETTE, *Les administrations publiques. Environnement, fonctionnement interne et modes de gestion*, Paris, L'Harmattan, 1998, sur un mode plus critique. Sur la « nouvelle gestion publique », l'ouvrage le plus influent pour sa diffusion est: D. OSBORNE / T. GAEBLER, *Reinventing government. How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, New York, Penguin Books, 1991.

(8) A. SHICK, « Les agences à la recherche de principes », p. 37 dans: OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique. Agences, autorités administratives, établissements publics*, 2002.

dans une optique d'amélioration de l'efficacité de l'action publique. Mais les modes d'organisation en cause peuvent être très divers, en fonction des missions, du type de contrôle que doit conserver l'autorité politique, et surtout des institutions et catégories juridiques disponibles dans les différents Etats. C'est pourquoi, au niveau international on se montre réticent à l'emploi d'une terminologie unique et à donner une portée générale au mot « agence » ; le rapport de l'OCDE de 2002 préfère pour cette raison employer une suite d'expressions qui paraissent mieux adaptées pour rendre compte de la variété des réponses organisationnelles possibles à l'objectif visé (9) : « agences, autorités administratives, établissements publics ». Le même document reconnaît en France l'établissement public comme l'équivalent de l'agence. Le point commun de ces diverses appellations serait que de cette manière le gouvernement s'exerce « à distance » (en anglais : « *at arm's length* »). Mais cette expression est ambiguë ; elle suggère une évolution du mode de contrôle (le « pilotage » ?) plutôt que l'autonomie de gestion.

La notion d'agence qui se dégage est donc très large. Comme l'exprime Allen Shick, le seul point commun des agences de toute nature que l'on peut rencontrer, c'est qu'elles ne sont pas des ministères. A l'échelle internationale, aucun type de mission ne paraît exclu du recours à l'agence comme mode de gestion. Que leur mission relève de la prestation de service, de la police, de la réglementation ou de l'expertise, elles se distinguent d'un ministère par les caractères suivants : 1) l'exercice d'une seule mission (monovalence fonctionnelle) ; 2) une « autonomie de gestion » supérieure à celle dont dispose d'ordinaire un bureau de ministère – même si on peut juger l'expression impropre ; 3) des modes de contrôle différents de ceux qui s'appliquent d'ordinaire au sein de l'administration ministérielle. La notion d'agence est aussi une notion relative : 1) la spécialisation peut-être plus ou moins étroite, et plus elle est étroite plus l'agence prend un caractère instrumental ; 2) l'autonomie relative dépend du terme de référence, le bureau ou le service d'un ministère ; 3) le contrôle sur l'agence par l'autorité politique est toujours présent, il peut être plus ou moins contraignant, mais il met en œuvre des techniques de contrôle différentes des techniques du contrôle hiérarchique traditionnel.

Il convient de souligner que la doctrine de l'OCDE a évolué et qu'elle reflète aujourd'hui les effets pervers que peuvent avoir des réformes inspirées par la notion d'agence ainsi comprise. Dans le rapport *Moder-*

(9) Cité note précédente ; voir aussi : SIGMA (2007), *Organising the central state administration*, SIGMA Paper n° 43, GOV/SIGMA(2007)7.

niser l'Etat (2005), on lit ainsi: «... les changements structurels – qu'il s'agisse du démantèlement d'organisations existantes ou de la création de nouvelles organisations – ne peuvent être entrepris à la légère. Le démantèlement d'organisations peut entraîner une perte de continuité, de mémoire institutionnelle et de capacité à long terme. La prolifération d'organismes publics indépendants, plus ou moins autonomes, rend difficile toute action collective ou coordination» (10).

L'agence ainsi comprise ne doit pas être confondue avec une autorité de régulation (11), alors même qu'une telle autorité serait qualifiée d'agence, comme c'est le cas de l'Agence de régulation des réseaux (*Bundesnetzagentur*) en Allemagne depuis la loi du 13 juillet 2005. En effet, si les autorités de régulation peuvent prendre des formes juridiques variées, elles se distinguent des agences par deux caractéristiques essentielles: 1) elles n'ont aucune responsabilité opérationnelle à l'égard du secteur régulé; 2) le droit communautaire impose de plus en plus nettement qu'elles ne soient pas dépendantes des autorités politiques, et en particulier des ministres.

Alors que les directives des années 90 mettaient l'accent sur l'indépendance des autorités envers les entreprises du secteur contrôlé, les directives publiées depuis 2008 sont plus contraignantes pour les Etats membres en ce qui concerne les relations entre les autorités de régulation et le pouvoir exécutif ou d'autres institutions publiques (12). La directive 2008/6 a ajouté les dispositions suivantes dans la directive sur les services postaux, à l'article 22: «*Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle des prestataires de services postaux veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part*». Les nouvelles directives sur les marchés de l'électricité et du gaz vont encore plus loin (directives 2009/72 et 73 du 13 juillet 2009, respectivement articles 35 et 39: elles exigent que l'autorité de régulation soit «*juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée*», ce qui implique l'attribution de la personnalité juridique à

(10) OCDE (2005), *Moderniser l'Etat, la route à suivre*, Paris, p. 12.

(11) G. MARCOU, «Droit de la régulation, service public et intégration régionale», in G. MARCOU et F. MODERNE (dir), même titre, Paris, L'Harmattan, coll. «Logiques juridiques», 2005; G. MARCOU, «La notion juridique de régulation», *AJDA* 2006, n° 7, 20 février, pp. 347-353.

(12) G. MARCOU, «Les autorités administratives "dépendantes" et "indépendantes" dans le domaine de l'intervention économique de la puissance publique», in J. MASING et G. MARCOU (dir.), *Les autorités indépendantes de régulation en Allemagne et en France*, Paris, UMR de Droit comparé (à paraître).

cette autorité, et que les membres de son personnel « *ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation* ».

Enfin, l'arrêt de la Cour de justice du 9 mars 2010 consacre cette évolution en condamnant l'Allemagne pour le motif que les autorités chargées de surveiller le traitement des données à caractère personnel par le secteur non public, qui sont établies par la loi du Land, sont toujours placées sous le contrôle de l'Etat (le Land), en violation de la directive 95/46 sur la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Selon la Cour l'exigence d'indépendance exprimée par la directive exclut toute possibilité d'influence extérieure, directe ou indirecte sur l'autorité de contrôle des données. Elle réfute l'argument constitutionnel avancé par la défense en affirmant que le principe démocratique « *ne s'oppose pas à l'existence d'autorités publiques situées en dehors de l'administration hiérarchique classique et plus ou moins indépendantes du gouvernement* », soumises au respect des lois et au contrôle des juridictions compétentes (13).

B. – *Les précédents dans les réformes administratives en France*

Le débat sur les agences n'est pas sans rappeler celui qui a eu lieu en France sous la Troisième République sur les « offices » (14). Dépourvu de signification juridique précise, le mot « office » fut utilisé pour désigner toute sorte d'organismes administratifs nouveaux dotés d'un degré variable d'« individualité administrative », par leur mission et leur organisation, allant parfois jusqu'à la personnalité morale. Cette tendance s'est développée entre les deux guerres. D'abord soutenue par les auteurs les plus éminents (Rolland, Hauriou, Duguit, Chardon) au nom de la compétence technique et de l'efficacité (la décentralisation « par service »), elle a suscité ensuite de vives critiques fondées sur la capacité de ces organismes à échapper aux mesures d'économie, notamment en raison de leur soustraction aux principes budgétaires essentiels et aux règles de base de la comptabilité publique, ce qui était aussi une des raisons de leur création (15).

Le sujet est réapparu de manière récurrente depuis les années 70, à propos des établissements publics, puis dans les projets de réforme

(13) CJCE, 9 mars 2010, *Commission c/Allemagne*, aff. C-518/07, concl. J. MAZAK.

(14) Voir A. CHATRIOT, « Les offices en France sous la Troisième République, une réforme incertaine de l'administration », *RFAP* 2006, n° 120, p. 635.

(15) *Ibid.* p. 643.

de la gestion publique. Les textes les plus importants à cet égard sont le rapport du Conseil d'Etat de 1971 sur la réforme des établissements publics, puis les développements du Rapport annuel proposant la création dans l'administration de « centres de responsabilité », proposition qui n'a été suivie d'effets qu'à la fin des années 80, et qui n'a jamais été évaluée, et enfin le Rapport Picq de 1995. La plupart des termes de la discussion actuelle se trouvaient déjà dans ces documents, y compris la question de la réforme budgétaire, qui n'a abouti qu'avec la LOLF.

Dans le Rapport de 1971, le Conseil d'Etat considérait avec réserve la tendance à la multiplication des établissements publics et préconisait des changements dans les modes d'organisation et de fonctionnement interne de l'administration, de telle sorte que les établissements publics ne soient pas créés par simple commodité mais pour répondre à des besoins de gestion justifiés (16). La multiplication des établissements publics risquait d'aggraver deux difficultés du fonctionnement de l'administration : le défaut de coopération entre administrations voisines et la tendance de tout service à persévérer dans son être, alors même que l'épuisement de sa mission pourrait justifier sa suppression. Le Conseil d'Etat reconnaissait cependant la légitimité de la création d'établissements publics pour introduire une unité de gestion avec des moyens individualisés et adaptés, ou pour reconnaître ou créer une autonomie de gestion en fonction d'une collectivité humaine, ou même pour se soustraire aux règles juridiques et techniques de l'administration traditionnelle – mais à l'égard en particulier de ce dernier motif, le Conseil d'Etat préconisait une réforme des modes d'organisation et de fonctionnement de nature à rendre inutile le recours à la création d'établissements publics pour ce seul motif. En outre, le Conseil d'Etat soulignait que l'Etat devait respecter l'autonomie de gestion des établissements publics s'il décidait d'y recourir, sans quoi il devient impossible d'évaluer les résultats, et il recommandait différents moyens pour y parvenir : la comptabilité analytique, les indicateurs de produit et de résultat. Comme alternative aux établissements publics, le Conseil d'Etat préconisait la mise en place de « centres de décision et de responsabilité », en vue desquels, toutefois, une modification radicale de la conception du budget, de la comptabilité, des contrôles était nécessaire. Mais dans la mesure où les établissements publics paraissent nécessaires, il convenait que l'Etat se dotât d'une doctrine relative aux conditions et aux objectifs de leur création. Pour rendre les établis-

(16) Conseil d'Etat, *La réforme des établissements publics*, Paris, La Documentation française, 1971.

sements publics plus efficaces, il faudrait aussi définir ces objectifs de manière plus précise et donner aux établissements publics une plus grande liberté dans la gestion de leurs moyens d'action (p. 37). Comme on le voit, les questions examinées par le Conseil d'Etat à propos des établissements publics il y a plus de 35 ans ne sont guère éloignées de celles examinées aujourd'hui à propos des agences.

Le Conseil d'Etat a poursuivi ses réflexions sur la modernisation de la gestion publique dans ses rapports annuels de 1971-72 (17) et 1976-77 (18) en vue de la mise en place dans l'administration de centres de décision et de responsabilité. Ceux-ci devaient constituer le cadre d'une large déconcentration administrative et financière permettant de transposer dans le service public les méthodes de direction par objectif et de donner aux directeurs de ces centres une large autonomie dans l'utilisation des moyens attribués pour l'accomplissement de leur mission, ainsi que la possibilité d'agir sur le niveau de leurs charges et le montant de leurs ressources quand la nature de l'activité s'y prêtait. En contrepartie, on devait soumettre les centres de décision et de responsabilité à un véritable contrôle de gestion (19).

Les travaux du Conseil d'Etat s'appuyaient sur les expériences de la RCB et préconisaient leur approfondissement. Le rapport de 1977-78 résumait ainsi les finalités de la RCB :

- chaque ministère présente son budget sous la forme d'un budget de programme ;
- la discussion sur les choix budgétaires est développée par objectif et par programme dans chaque ministère ;
- la gestion est ensuite fondée sur de nombreux centres de décision et de responsabilité, correspondant à des sous-programmes ou à des éléments de programme.

Le Conseil d'Etat soulignait ainsi : « *Les réformes de structures ne sont pas, sauf exception, prioritaires dans le développement de la gestion moderne* » (p. 23). La gestion moderne se caractérisait à ses yeux par des objectifs clairs, de larges délégations de pouvoir et une conception nouvelle de la responsabilité, à laquelle doit répondre un nouveau type de contrôle (p. 13).

(17) Conseil d'Etat, *Les centres de décision et de responsabilité dans l'administration*, Section du Rapport et des Etudes, 1971, pp. 86 et s. notamment.

(18) Conseil d'Etat, *Gestion moderne et gestion publique*. Rapport annuel 1976-77.

(19) Cette réforme a été comparée à la réforme britannique des agences « Next Steps » par R. FABRE-GUILLEMANT, *Les réformes administratives en France et en Grande-Bretagne*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques juridique », 1998.

Toutefois, le Conseil d'Etat écartait la possibilité de confier à des établissements publics des missions d'administration centrale, car cela ferait perdre à celles-ci leur capacité de les encadrer et de définir des objectifs (Rapport de 1971). Cette réticence n'est pas partagée par le gouvernement et le parlement, à en juger par les attributions de certains établissements publics (par exemple l'ANRU ou l'Agence de sécurité sanitaire et des produits de santé) ou quelques projets récents. Le Conseil d'Etat, dans son rapport de 2006, maintient ses réserves (20). Il critique la multiplication d'agences sous la forme d'établissements publics – en général à caractère industriel et commercial – sans justification d'intérêt général convaincante; il redoute que cela ne conduise à l'affaiblissement et à la démotivation des administrations centrales, à l'affaiblissement du contrôle budgétaire, le parlement ne contrôlant plus que des budgets globaux; il relève que l'excès de spécialisation de certains de ces organismes ne leur autorise aucune autonomie, à l'inverse des motifs invoqués lors de leur création.

C'est le Rapport Picq de 1995 qui a le premier conceptualisé la séparation entre les fonctions d'opérateur et celles des administrations centrales (21). Selon le Rapport, l'Etat doit accorder la priorité à ses responsabilités particulières: les fonctions de souveraineté, et au-delà les fonctions d'édition des normes et de contrôle de leur application, ce qu'il appelle « *les deux principaux moyens d'action de l'Etat régulateur* » (p. 26). « *Au-delà de ses responsabilités propres, l'intervention de la puissance publique devrait constituer l'exception* », la crise de l'Etat révèle qu'aujourd'hui « *en règle générale il n'appartient pas à l'Etat d'être un opérateur* » (p. 27). Cependant, les critères d'intervention proposés au-delà de ces fonctions laissent une large marge d'appréciation au pouvoir politique:

- la garantie des droits fondamentaux (notamment le social, l'éducation...);
- l'intérêt national stratégique;
- la défaillance du marché (p. 27).

Selon le Rapport Picq: « *L'établissement public, s'il est bien utilisé, peut être une façon de moderniser le service public. Pour cela il est nécessaire que les relations entre l'Etat et les établissements publics soient régies par des principes clairs ayant pour objet de favoriser l'exercice des responsabilités et la meilleure utilisation possible des*

(20) Conseil d'Etat, « Rapport public 2006 », *Etudes et Documents*, n° 57, pp. 93-94.

(21) Mission sur les responsabilités et l'organisation de l'Etat, présidée par Jean PICQ, *L'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, Paris, La Documentation française, 1995.

moyens » (p. 134). Par référence aux agences du gouvernement britannique et aux agences suédoises, mais avec certains faux sens dans cette comparaison, le Rapport préconise la définition précise de la mission et des objectifs, un choix ouvert des dirigeants mais la nomination restant au gouvernement, une négociation sur les moyens en fonction des objectifs entre les dirigeants des établissements publics et l'Etat, l'autonomie de gestion, l'évaluation des résultats (p. 135). Il faut, selon le Rapport Picq, « *créer de nouvelles agences pour gérer autrement les services publics* » (p. 136), et il propose d'examiner « *la transformation en agence de toutes les administrations qui assurent une fonction de prestation de service n'impliquant pas une appréciation discrétionnaire, mais obéissant à des critères objectifs* ». Il donne des exemples de missions pouvant être exercées par de nouvelles agences: le contrôle de la sécurité, le contrôle des installations classées, le contrôle de la qualité et de la sécurité des produits (auquel participent différentes administrations); « *l'établissement public peut aussi être utilisé afin de rendre plus transparentes les conditions d'octroi d'aides de l'Etat, sur le modèle de l'ANVAR* » (p. 136); « *une agence* », si possible de caractère interministériel, « *pourrait être chargée de la délivrance de tous les documents administratifs ou titres divers utiles ou nécessaires aux particuliers ou aux entreprises* » – les délais de délivrance peuvent être une mesure de l'efficacité (p. 137).

Cependant, le Rapport Picq ne dit pas ce que serait une agence, du point de vue juridique et administratif. On peut seulement déduire des termes utilisés que la notion d'agence ne se confond pas avec la notion d'établissement public, et de là que l'expression désigne un mode de gestion plutôt qu'une catégorie institutionnelle définie. Le Rapport Picq n'est pas clair non plus sur ce que devrait être l'étendue de ce mode de gestion. Il est relativement simple d'identifier les administrations qui assurent une prestation de service – celles-ci doivent être transformées en agences – à condition de s'entendre sur ce qu'on appelle service... Mais au-delà, où passe la frontière entre ce qui devrait justifier une gestion en agence et ce qui devrait rester au cœur de l'administration centrale? L'agence a-t-elle vocation à se substituer à la déconcentration classique (exemple d'application proposée à l'inspection des établissements classés, qui correspond à une police administrative spéciale de la compétence du préfet), ou n'est-ce qu'une autre façon de concevoir la déconcentration, impliquant des modes de relation différents avec les autorités supérieures et l'évaluation des résultats?

Le rapport Picq n'a eu que des suites limitées et pas toujours heureuses. Ses préconisations se heurtent à la critique développée plus tard envers l'approche des agences dans le cadre de la préparation, puis de la mise en œuvre de la LOLF. La réforme devrait en réalité viser l'ensemble des services opérationnels de l'Etat, par le « *découplage la conduite des politiques et la gestion des activités* » et la délégation des responsabilités dans les services opérationnels (22). C'est en effet dans le cadre de la mise en œuvre de la LOLF que les réformes françaises ont abouti à une conception de l'agence correspondant à ce nouveau cadre de gestion.

II. – LES RÉFORMES DES ADMINISTRATIONS CENTRALES : L'AGENCE COMME INSTITUTION OU COMME RÉFÉRENTIEL

La référence à l'agence est assez généralement présente dans les réformes des administrations centrales qui ont été mises en œuvre depuis plus de vingt ans dans les pays les plus divers, et les pays dont les réformes seront ici présentées illustrent cette très grande diffusion internationale du thème de l'agence. Mais on peut distinguer deux types de réformes à cet égard : celles qui comportent une réorganisation de l'administration centrale dans laquelle l'agence représente une nouvelle structure qui caractérise désormais l'administration centrale, et celles qui se réfèrent à l'agence pour exprimer l'introduction de nouveaux modes de gestion et de fonctionnement dans la mise en œuvre des missions des administrations centrales.

A. – *L'agence comme institution*

Il s'agit en principe des réformes les plus radicales, mais ce n'est pas toujours le cas, comme le montrent les exemples de l'Espagne et de l'Italie. Les réformes mises en œuvre en Nouvelle-Zélande et au Royaume-Uni ont en revanche imposé une réorganisation en profondeur de l'administration centrale, et elles sont longtemps service de référence sur le plan international. Un autre exemple de réforme radicale est, de manière peut-être inattendue, celui de la Russie. Ces réformes sont très souvent associées à une réforme de la fonction publique, plus ou moins profonde. On relèvera la diversité des circonstances et des motivations qui sont à l'origine de ces réformes.

(22) B. ABATE, *La nouvelle gestion publique*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2000, p. 23.

1. *La Nouvelle-Zélande: crise financière et externalisation des fonctions opérationnelles*

La réforme administrative intervenue en Nouvelle-Zélande au milieu des années 80 semble être à l'origine de la diffusion du thème de l'agence. Engagée dans un contexte de grave crise économique et financière par le gouvernement travailliste issu des élections de juillet 1984, cette réforme a été explicitement inspirée par les doctrines du *New Public Management*, et elle a eu un caractère global.

La réforme a comporté la transformation en entreprises commerciales de certains départements et établissements publics, dont certains ont été ensuite privatisés, et la réorganisation du secteur public restant. La loi de 1988 sur le secteur public transforme les chefs de départements en managers en leur donnant la responsabilité de la gestion de leur personnel à la place de la Commission de la fonction publique. Mais surtout, pour ce qui nous intéresse, le Finance Act 1989 a conduit au réexamen des missions et de la structure des ministères et à la transformation de nombreux services en « entités de la Couronne » (*Crown Entities*), notion introduite en 1991 par une loi modificative. Les « entités de la Couronne » sont des organismes publics extérieurs aux départements ministériels et dotés de la personnalité juridique. Il s'agit donc d'un mode d'externalisation de fonctions non commerciales qui relèvent normalement des départements, mais pour lesquelles on estime nécessaire d'établir une gestion indépendante de l'autorité directe du ministre, ou d'assurer la participation des intérêts concernés, ou encore de favoriser l'expertise dans la prise de décision (23). En 2008, il en existait 2008 de compétence nationale (24).

Selon l'évaluation réalisée en 2001 la réforme a permis au système administratif de gagner en flexibilité dans son fonctionnement, de mieux répondre aux besoins des usagers et de réduire les coûts. Mais elle a mis en évidence aussi un certain nombre d'effets pervers : les buts et les priorités sont toujours mal définis, les décisions budgétaires ne sont pas reliées aux objectifs formulés par le gouvernement, les décisions sont trop souvent commandées par une vision à court terme, il est difficile d'arrêter des actions qui apparaissent inefficaces, le coût de la production des informations requises par la gestion du système est très élevé et le système est trop fragmenté : « *le grand nombre d'agences,*

(23) D. GILL, « Nouvelle-Zélande », notamment pp. 145-146 in OCDE, *Les autres visages...*, *op. cit.*

(24) *Commission of State Services* : <http://www.ssc.govt.nz/display/document.asp?docid=6811>

de portefeuilles et de programmes rend plus difficile de parvenir à un accord sur des objectifs transversaux et de fournir des services intégrés» (25). En outre, les «*intérêts non financiers*» poursuivis par le gouvernement sont mal pris en compte et le système aggrave les problèmes de coordination car il «*encourage à ignorer les intérêts plus généraux poursuivis par le gouvernement*» (26).

Le gouvernement a tenté de répondre à ces problèmes, notamment avec l'adoption de la loi de 2004 sur les entités de la Couronne (*Crown Entities Act 2004*, n. 115). Elle clarifie d'abord les définitions et distingue désormais cinq catégories différentes (section 7), dont les plus importantes est celle des organismes publics dotés de la personnalité morale, créés par la loi ou en vertu d'une loi, dont la liste figure à l'annexe 1 de la loi. Cette catégorie comprend elle-même trois sous-catégories :

- *Crown Agents (CA)* : organismes chargés de mettre en œuvre la politique du gouvernement indiquée par le ministre responsable ;
- *Autonomous Crown Entities (ACE)* : ces organismes doivent prendre en considération («*have regard to*») la politique du gouvernement indiquée par le ministre responsable ;
- *Independent Crown Entities (ICE)* : ces organismes sont indépendants de la politique du gouvernement.

Chaque entité de la couronne est rattachée à un département (ministère), auquel elle rend compte de ses résultats et adresse son bilan financier. La loi unifie les obligations des entités de la Couronne de la première catégorie en matière budgétaire et comptable. Quand le ministre notifie à l'entité la politique du gouvernement, ses directives doivent être rendues publiques (27). Avant le début de chaque exercice budgétaire, l'entité de la Couronne doit établir une déclaration d'intention (*statement of intent*) pour l'année à venir et les deux années suivantes. Cette déclaration d'intention expose, notamment, les objectifs poursuivis, les résultats attendus, les actions par lesquelles ils doivent être obtenus, les moyens devant être mis en œuvre. Elle est soumise au ministre qui peut faire des commentaires et même prescrire des amendements (section 148). Cette procédure a pour objet de permettre à la Couronne, par l'intermédiaire des ministres responsables de participer à la détermination des actions des entités de la Couronne, d'informer le parlement et de permettre d'évaluer les résultats par

(25) *Ibid.* § 31.

(26) *Ibid.* § 36, voir également § 44.

(27) Sur les pouvoirs des ministres, selon les catégories d'entités, voir sections 103 à 108.

rapport à la déclaration d'intention (section 139). Cette procédure est applicable à toutes les catégories d'entités de la Couronne. Bien qu'on ne trouve pas de données précises, on observe une tendance au renforcement du contrôle des départements sur les entités de la Couronne – en dehors des entités indépendantes (ICE).

2. *Le Royaume-Uni : l'agence comme nouvelle structure interne des ministères*

La création des agences exécutives par transformation de services ministériels à partir de 1990 a sans aucun doute été la réforme la plus importante et la plus radicale, à la fois par les idées directrices de sa conception et par son ampleur. Aujourd'hui plus de 70 % des effectifs du *Civil Service* sont employés dans les agences exécutives. Mais cette réforme est assez différente de la réforme néo-zélandaise.

Cette réforme a été préparée par la critique et les propositions du Rapport Fulton de 1968 sur le *Civil Service* et l'organisation ministérielle (28). Ce rapport préconisait aussi de reconsidérer les missions des départements ministériels, pour déterminer celles qui pourraient être mieux assurées par des organismes extérieurs, à l'exemple de la Suède. Cette proposition a été moins commentée à l'époque que celles qui visaient l'organisation de la fonction publique, mais elle a inspiré la réforme de certains services ministériels qui, dès les années 70, ont été transformés « *non departmental bodies* ». Le premier gouvernement Thatcher, élu en 1979, a immédiatement entrepris un réexamen de l'organisation gouvernementale et des missions de l'administration. Ces travaux n'ont abouti qu'en 1988 avec la présentation du projet de réforme à la Chambre des Communes le 18 février (29) : le personnel des ministères devait être réduit à ce qui était nécessaire au soutien des ministres, à la formulation et à la conduite des politiques, tandis que toutes les autres fonctions devaient être exécutées par des agences placées sous le contrôle des ministères avec des responsabilités clairement définies et dirigées par un *chief executive* doté de tous les pouvoirs de gestion à l'intérieur d'un cadre déterminé par le ministère. Les effectifs des ministères (*departments*) proprement dits devaient ainsi être progressivement réduits à environ 20.000 agents.

(28) *Report of the Committee on the Civil Service 1966-68*, Cmnd. 3638, HMSO 1968, § 251-254.

(29) R. IBBS (dir.), *Improving Management in Government Departments: the Next Steps*, Efficiency Unit, HMSO, § 44.

On dénombrerait dans le dernier gouvernement de Gordon Brown (2009), et seulement pour l'Angleterre, 67 agences exécutives rattachées en fait à 17 départements (sur 26) (30) ; il faut y ajouter un certain nombre d'agences exécutives rattachées aux ministres du gouvernement d'Ecosse ou aux exécutifs du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord. En outre, on distingue 20 « *non ministerial departments* », dont certains peuvent être rapprochés des agences exécutives. Près du 80 % des effectifs du Civil Service est aujourd'hui employé dans les agences exécutives et les « *non ministerial departments* ». (31)

Les agences exécutives ne doivent pas être confondues avec les QUANGOs (*Quasi Autonomous Non Governmental Organisations*), ensemble hétéroclite qui regroupe plusieurs centaines d'organismes, remplissant des fonctions économiques ou administratives, réglementaires ou opérationnelles, avec un degré très variable d'autonomie dans leur gestion et leur action. Ceux-ci ont cependant en commun d'être des personnes morales, et d'être ainsi distincts de l'administration ministérielle. Beaucoup d'entre eux, que l'on range dans les « *executive non departmental public bodies* » (NDPB) (il en existait 199 en 2006) (32) peuvent être considérées comme des agences au regard de leurs fonctions et de la définition générale retenue plus haut (33), mais ils ne sont pas des agences exécutives et tous les documents officiels marquent bien la distinction. Au contraire, les agences exécutives sont intégrées à l'administration ministérielle. Le personnel de celles-ci est composé de fonctionnaires, bien la réforme ait fait perdre du Civil Service sa relative unité, alors que le personnel des NDPB ne fait pas partie du Civil Service. Alors que les NDPB ne peuvent être créés que par une loi, la création des agences exécutives relève de la seule prérogative royale, laquelle est exercée par le Cabinet. L'intervention du parlement n'a été nécessaire que pour permettre l'application à certaines agences exécutives du régime des « fonds commerciaux » (*trading funds*) (*Government Trading Act 1990*, c. 30, section 2) et donner une base légale aux délégations de pouvoirs étendues que l'on souhaitait opérer au bénéfice

(30) http://www.cabinetoffice.gov.uk/media/cabinetoffice/ministerial_responsibilities/assets/lmr_1108.pdf. Il existe aussi de nombreuses agences exécutives qui sont rattachées au gouvernement de l'Ecosse et aux exécutifs du Pays de Galles et de l'Irlande du Nord : les administrations de ces pouvoirs régionaux continuent de faire partie du *Civil Service*, à la différence des personnels des autorités locales.

(31) Il s'agit d'une estimation car les statistiques sur le *Civil Service* et celles sur l'organisation administrative ne concordent pas, et une évaluation précise nécessite des recoupements de données qui ne sont pas utiles à cet article.

(32) P. CRAIG, *ibid.*

(33) Ce que fait le chapitre sur le Royaume-Uni, par R. WALL et P. WEST (pp. 249 et s.) in OCDE, *Les autres visages...*, *op. cit.*

des directeurs des agences exécutives (*Civil Service (Management Functions) Act 1992*, c. 61).

Les agences exécutives doivent aussi être distinguées des « *non ministerial government departments* » (34). Cette catégorie, dont l'effectif a augmenté au cours des dernières années (leur nombre s'élevait à 20 en novembre 2008), désigne des départements du gouvernement qui ne sont pas soumis à l'autorité d'un ministre; leur direction est donc seulement entre les mains d'un haut fonctionnaire ou d'une autorité placée leur tête (par exemple: *Charity Commission, Office of Fair Trading, HM Revenues and Customs, Office of Gas and Electricity Markets – OFGEM*). Ils sont créés par la loi dont ils doivent assurer l'application ou dans l'exercice de la prérogative royale. Comme les agences exécutives, ils sont dépourvus de la personnalité morale. Certains sont en fait anciens, comme le département des Revenus et des Douanes (né de la fusion d'administrations financières antérieures); d'autres sont d'origine récente comme les régulateurs de certains secteurs économiques. Mais ils font bien partie de l'appareil gouvernemental, au même titre que les agences exécutives, et leur personnel se compose essentiellement de fonctionnaires.

Ces réformes ont profondément transformé l'administration britannique. N'oublions pas que l'inspiration initiale était celle d'une réforme de la fonction publique. Elles ont provoqué plusieurs difficultés, dont nous retiendrons ici deux, qui se rattachent à notre propos: le problème de la responsabilité politique et le problème de la coordination gouvernementale.

Le schéma des agences exécutives repose sur le principe d'une séparation entre la responsabilité politique et la responsabilité opérationnelle: le ministre n'est tenu que de la première, et la seconde incombe au manager nommé à la tête de l'agence; le ministre doit « rendre compte » de la gestion, mais ne pourrait en être tenu pour responsable; le chef de l'agence est responsable devant le ministre, qui fixe le cadre de son action. Selon ce schéma, le principe de la responsabilité ministérielle devant le parlement ne serait pas mis en cause. En pratique, cette distinction n'a été acceptée ni par les membres du gouvernement, ni par le parlement. Au terme de nombreux incidents, la doctrine officielle est résumée dans le Guide publié par le Cabinet Office en 2006 (35): “*The*

(34) L'auteur remercie le professeur John McELDOWNEY, de l'Université de Warwick (School of Law) pour les éclaircissements qu'il lui a apportés sur la distinction de ces différentes catégories.

(35) Cabinet Office (2006), *Executive agencies: a guide for departments*, <http://www.civil-service.gov.uk/other/agencies/index.asp>

Secretary of State is normally expected to ask a Chief Executive to reply directly to correspondence and written Parliamentary Questions that concern issues delegated to the CE. Nevertheless, the Secretary of State is accountable to Parliament on all matters concerning their agencies, and accordingly should retain the right to intervene in the operations of the agency if public or parliamentary concerns justify it (par. 17) (...) *Ministers will normally ask the CE to represent or accompany them if the Committee is concerned with the day to day operations of the agency* » (par. 32).

En second lieu, les agences exécutives ont favorisé la fragmentation de l'appareil gouvernemental et posé de nouveaux problèmes de cohérence. Les principes de gestion mis en œuvre dans les agences exécutives et les mesures de performances basées sur l'accomplissement de leurs tâches les conduisent à négliger leur contribution aux missions de leur département et plus généralement du gouvernement. Ce problème a été identifié en particulier dans le rapport de 1999, *Modernising Government* (36), suivi de plusieurs autres rapports, à la suite desquels diverses mesures ont été engagées pour définir des politiques transversales impliquant la coopération entre les agences exécutives et plus généralement entre celles-ci et l'ensemble des institutions publiques ou privées devant concourir à la réalisation d'une telle politique. Le nouveau mot d'ordre est « *joined up government* », c'est-à-dire l'administration coordonnée et décloisonnée. Selon V. Bogdanor, ce nouveau mot d'ordre est en contradiction avec celui qui avait prévalu dans les années 80 et 90 : « *alors que le new public management mettait l'accent sur la responsabilité individuelle des fonctionnaires, le joined up government implique une responsabilité partagée, à la fois entre fonctionnaires des différents ministères, et entre ceux-ci et leurs homologues au niveau local aussi bien que dans le secteur associatif* » (37); alors que les réformes des années 80 ont voulu séparer et spécialiser les fonctions, le traitement des « *problèmes transversaux* » (*wicked problems*) est devenu plus difficile (38).

3. *L'Espagne: une nouvelle loi et une réforme modeste*

En Espagne, le principal ressort des réformes administratives conduites depuis les années 80 n'est pas d'ordre économique mais

(36) Rapport présenté au Parlement par le Premier Ministre et le Ministre du Bureau du Cabinet, par ordre de Sa Majesté: Cm 4310, mars 1999.

(37) V. BOGDANOR (ed.), *Joined up government*, Oxford, Oxford University Press, 2005, voir l'introduction de V. BOGDANOR, p. 14.

(38) *Ibid.* pp. 11-15.

d'ordre politique et constitutionnel. C'est la constitution de 1978 qui a posé le cadre démocratique de l'Espagne moderne et les transferts de pouvoirs et de compétences de l'Etat aux communautés autonomes ont imposé la réorganisation des services de l'Etat.

Celle-ci a débouché sur la loi 6/97 du 14 avril 1997 sur l'organisation et le fonctionnement de l'administration générale de l'Etat. Cette loi, qui réorganise et regroupe les services de l'administration périphérique de l'Etat compte tenu des transferts de compétences réalisés au profit des communautés autonomes, rationalise également les structures opérationnelles de l'administration de l'Etat. Elle distingue deux types d'organismes: les «organismes autonomes», chargées de missions de nature administrative, et les «entreprises publiques»; les uns et les autres sont normalement créés par la loi (art. 43 et 61). Les «organismes autonomes» peuvent être assimilés à des établissements publics. Cependant un certain nombre d'organismes importants restent régis par des lois spécifiques (dispositions additionnelles 9 et 10) et, pour les autres, l'attachement au principe traditionnel de la «réserve de la loi» pour la création des organismes autonomes créait les conditions pour que se perpétue la dispersion des statuts que l'on souhaitait surmonter (39).

La loi 28/2006 du 18 juillet sur les agences d'Etat pour l'amélioration des services publics marque un changement d'approche. Les agences d'Etat sont conçues dans la perspective d'un changement du mode de gestion plutôt que du mode d'organisation des missions opérationnelles de l'administration de l'Etat. On peut lui trouver un précédent dans la loi approuvant le budget de l'Etat pour 1991 qui a créé l'Agence d'Etat pour l'administration fiscale, laquelle a regroupé l'ensemble des administrations fiscales du ministère des finances, et les services support, une réforme dont les résultats ont été considérés comme très positifs (40).

La loi de 2006 fixe le régime juridique commun des agences, qui sont désormais créées par décret en conseil des ministres, mais sur la base d'une autorisation donnée par la loi qui en détermine l'objet (art. 3). Les agences sont définies comme des «*entités de droit public, dotées de la personnalité juridique publique, d'un patrimoine propre et d'une autonomie de gestion, autorisées à exercer les prérogatives de puissance publique, créées par le gouvernement pour la mise en œuvre des programmes correspondant à des politiques publiques développées*

(39) E. MALARET, «La modernisation administrative en Espagne: entre l'élan de la réforme de l'Etat et la discontinuité de la réforme de l'administration», *RFDA* 2009, n° 3, p. 597, en particulier pp. 605-606.

(40) *Ibid.* p. 604.

par l'Administration générale de l'Etat dans le cadre de ses compétences » ; elles sont soumises à un régime « d'autonomie fonctionnelle, de responsabilité de gestion et de contrôle des résultats » défini par la loi (art. 2). L'activité de l'agence repose sur un « contrat de gestion » passé avec l'Etat et approuvé par un arrêté conjoint du ministère de rattachement, du ministère des administrations publiques et du ministère des finances (art. 13 et 14). Ce contrat détermine, notamment, les objectifs et les résultats attendus, les mesures prévues en vue des les atteindre, les moyens devant être mis en œuvre et les conditions de la responsabilité des organes dirigeants au regard des résultats atteints. Le personnel employé peut se composer de fonctionnaires et d'agents soumis à la législation du travail. La loi distingue le statut du personnel de direction, occupant les postes déterminés par le statut de l'agence. Ces emplois de direction sont occupés « de préférence par des fonctionnaires nommés par le conseil de direction sur proposition des organes exécutifs sur la base de critères « de compétences professionnelles et d'expérience » (art. 23). L'agence est financée par le budget de l'Etat mais peut disposer de ressources propres en fonction de son activité ; elle ne peut pas emprunter ; son budget est incorporé au budget de l'Etat adopté par le parlement ; elle applique les règles budgétaires et comptables applicables aux organismes du secteur public, selon les modalités arrêtées par l'inspection générale des finances (41) ; l'agence est soumise au contrôle de la cour des comptes (art. 26-31).

La loi de 2006 met donc en œuvre sur le plan institutionnel la séparation entre direction politique et management ; l'autonomie fonctionnelle consacre la responsabilité du management dans la mise en œuvre des moyens pour atteindre les objectifs fixés. L'agence doit devenir l'institution de droit commun pour l'organisation des missions opérationnelles de l'Etat. La disposition additionnelle n° 3 donne la liste des organismes autonomes devant être transformés en agences de la loi de 2006 ; en 2008, 7 agences avaient été effectivement créées, dont certaines issues de ces transformations et d'autres étant des entités nouvelles (42). Les organismes publics non transformés en agences conservent leur statut actuel (disposition additionnelle n° 5), et les agences sont simplement ajoutées à la liste des organismes publics de l'article 43 de la loi de 1997 (disposition finale n° 1). Pour le moment il est encore impossible d'éva-

(41) Plus précisément : *Intervención General de la Administración del Estado*. Il s'agit d'un grand corps du ministère des finances chargé du contrôle interne de la gestion économique et financière du secteur public de l'Etat et du respect des règles de la compatibilité publique.

(42) E. MALARET, *op. cit.*, p. 609.

luer la portée de la réforme de 2006 ; on peut seulement observer que sa mise en œuvre semble assez lente.

4. *L'Italie : la recherche de l'autonomie opérationnelle*

L'Italie s'est aussi engagée, à la fin des années 90, dans une réforme administrative inspirée par les préceptes du New Public Management, et qui visait à dépolitiser l'administration et à en améliorer l'efficacité. C'est l'une des réponses à la crise de l'Etat qui a marqué le début des années 90 avec l'opération « *mani pulite* » (« mains propres »). Cette réforme a comporté la privatisation juridique des rapports de travail au sein de l'administration publique, la création d'un corps de « dirigeants » destinés à occuper les postes les plus élevés des administrations publiques, et assumant les responsabilités « managériales » et la réorganisation d'un certain nombre d'administrations sous la forme d'agences. Un certain nombre d'administrations nationales avaient déjà été organisées sous la forme d'établissements publics (*enti pubblici*) dans les années 80 et 90, et sept d'entre elles avaient reçu le nom d'agence.

C'est dans le décret législatif n° 300/1999 que trouve place le régime d'une nouvelle catégorie d'organismes, qualifiés d'agences (*agenzie*). Ce texte a pour objet une réforme d'ensemble de l'organisation du gouvernement. Il fixe la structure du gouvernement et l'organisation des ministères, ce qui est du domaine de la loi en Italie selon la Constitution (43). Les articles 8 et 9 fixent le cadre juridique des agences, sous réserve des agences fiscales et de la protection civile qui obéissent à d'autres dispositions (art. 10) (44). Ensuite, les différentes agences sont instituées par les articles relatifs au ministère dont elles relèvent. Selon l'article 8, les agences « *sont des structures qui (...) développent des activités à caractère technico-opérationnel d'intérêt national mises en œuvre par les ministères et les établissements publics* », elles sont « *au service des administrations publiques, y compris les administrations régionales et locales* ». Les missions de certaines d'entre elles sont cependant d'ordre réglementaire (45). Elles jouissent d'une « *pleine*

(43) Article 95, al. 3 : « *La loi règle l'organisation de la Présidence du Conseil et détermine le nombre, les attributions et l'organisation des ministères* » ; article 97, al.1^{er} : « *Les services publics (i pubblici uffici) sont organisés selon des dispositions législatives de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration* ».

(44) L. CASINI, « *Le agenzie amministrative* », *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2003, n° 2, notamment pp. 412 et s.

(45) D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologne, Il Mulino, 3^e éd., 2005, p. 110.

autonomie » dans les limites prévues par la loi sous réserve du contrôle exercé par la Cour des Comptes. Elles sont placées sous la direction et le contrôle d'un ministre. Le directeur de l'agence est nommé dans les mêmes conditions que le chef d'un département ministériel. En principe, ces agences n'ont pas la personnalité morale ; cependant le décret législatif accorde expressément la personnalité morale à certaines d'entre elles et en établit directement le statut (46) (Agence des industries de défense – art. 22 ; les agences fiscales – art. 61 ; Agence de la protection civile – art. 79).

Compte tenu des dispositions constitutionnelles il n'y a pas d'autres agences que celles établies par le décret législatif de 1999, sous réserve des modifications qu'il est susceptible de connaître. Le statut de chaque agence est arrêté par le président du conseil, conjointement avec le ministre des finances et le ministère dont relève l'agence. Le statut définit la gouvernance de l'agence, les pouvoirs du ministre, qui comportent notamment l'approbation du programme de l'agence, les directives qu'il peut lui adresser avec les objectifs à atteindre, ainsi que le contrôle de leur réalisation, et les modalités du contrôle de gestion. La mission de l'agence donne lieu à une convention passée entre le ministre compétent et le directeur de l'agence. Sur la base de conventions, l'agence peut apporter son concours à d'autres administrations publiques. L'agence jouit de l'autonomie financière dans les limites des fonds qui lui sont attribués, ainsi que de ressources propres provenant de services rendus. L'agence a la gestion de son personnel, qui provient de transfert du ministère ou d'autres organismes publics, ainsi que de ses propres recrutements (art. 9). Compte tenu de la réforme de la fonction publique de 1993, les personnels sont soumis au droit privé et à une convention collective.

Comme on le voit, les agences ne constituent en Italie que l'une des modalités de la réforme de l'Administration de l'Etat, et elle s'applique seulement à des secteurs particuliers de l'administration ministérielle. Pour l'administration ministérielle proprement dite, le décret législatif de 1999 fixe les attributions et la structure de base de chaque ministère. La pièce maîtresse de la réforme est ici l'institution du corps des dirigeants, qui intéresse également les agences. C'est aussi celle qui a donné les résultats les plus décevants (47). Sous couvert de responsabilisation des gestionnaires en fonction des résultats, la réforme a

(46) *Ibid.*, p. 233.

(47) Pour une vue d'ensemble jusqu'à la réforme de 2009, voir : E. ONGARO et N. BELLÉ, « Réforme de la fonction publique et introduction de la rémunération liée aux performances en Italie », *Rev. fr. Adm. publ.* 2009/4, n° 132, p. 817.

abouti à la « précarisation » générale (S. Cassese) de la haute fonction publique, avec la nomination pour un mandat court de quelques années dans tous les postes de direction. Alors que la réforme des années 90 visait à réduire la politisation de l'administration, le résultat est à l'inverse de cet objectif : les dirigeants sont encore plus dépendants des politiques qui peuvent en outre leur faire porter la responsabilité. En outre, l'externalisation de nombreuses fonctions, dans la recherche de l'expertise ou de l'efficacité s'est accompagnée, non pas de la diminution mais de l'augmentation des effectifs des agents publics (+100.000 de 2000 à 2005) (48).

Les contradictions de la réforme italienne sont un exemple extrême mais qui alerte sur les effets pervers de réformes prétendument inspirées par la recherche de l'efficacité.

5. La Russie : la recherche d'une organisation correspondant aux nouvelles fonctions de l'Etat

Confrontée à la nécessité de réorganiser l'ensemble de son appareil administratif à la suite du changement complet de système économique et politique provoqué par l'effondrement du système soviétique, la Russie n'a pas échappé à l'influence des doctrines du New Public Management. Désormais, les ministères ne sont plus les administrateurs des grands secteurs de la vie sociale, et ils doivent donc être organisés de manière radicalement différente de celle du passé récent, et leur mode de fonctionnement interne aussi doit être profondément réformé. De tels changements ne peuvent se faire très rapidement mais, avec des tâtonnements, ils ont donné lieu à divers projets dès 1996. C'est cependant seulement après l'élection de Vladimir Poutine comme président de la Fédération de Russie en 2000 que de premières mesures ont été prises et qu'une conception d'ensemble a vu le jour. C'est d'une réforme de l'Etat qu'il s'agissait, comportant, notamment, la réforme du fédéralisme, le renforcement du centre fédéral, l'introduction d'un régime de décentralisation au niveau local. Les enjeux politiques de ces réformes ont rejeté au second plan la réforme administrative proprement dite qui a été ajournée. Celle-ci a donc été engagée seulement en 2004, et poursuivie après la réélection de Vladimir Poutine.

(48) S. CASSESE, « Un riordino guidato dai grand commis per rifondare lo stato. Dirigenti precari, dipendenti costosi e poco produttivi, eccessiva politizzazione: la chiave del cambiamento in un'elita amministrativa selezionata in base al merito », *Amministrazione civile*, 2008, mars-avril, p. 13.

Entre 2005 et 2008 ont été adoptées une série de mesures dans lesquelles on reconnaît certains thèmes familiers et des problèmes propres à la Russie, et notamment : l'introduction dans les organes du pouvoir exécutif de la gestion par les résultats, l'établissement de standards pour le fonctionnement des services publics nationaux ou locaux, l'amélioration de l'efficacité des procédures d'achat public, la lutte contre la corruption, la création d'un système de justice administrative, le développement de l'externalisation de fonctions de l'administration à des organismes privés, la suppression de fonctions, de réglementations et de services constituant des « barrières » au développement de l'économie de marché.

Dans ce cadre et pour ce qui nous intéresse ici plus particulièrement, la réforme de l'administration fédérale a été engagée par deux décrets du Président de la fédération du Russie n° 314 du 9 mars 2004 et n° 649 du 20 mai 2004 sur la base d'une typologie des fonctions établie en 2003 par la commission gouvernementale de réforme des fonctions des organes exécutifs fédéraux (49). La typologie retenue par le décret n° 314 pour répartir les fonctions entre les différentes catégories d'organes du pouvoir exécutif distingue : 1) la fonction réglementaire ; 2) la fonction de contrôle et de surveillance ; 3) la fonction d'application de la loi (actes individuels, registres, l'enregistrement, le cadastre) ; 4) la fonction de fourniture de services publics. Précisons que dans le droit russe la fonction de surveillance (*nadzor*) est exercée par l'administration sur des sujets auxquels la loi s'applique.

C'est sur cette base que les décrets précités, et modifiés, ont déterminé une profonde réorganisation de l'administration fédérale selon trois catégories d'institutions administratives : 1) le ministère (*ministerstvo*) ; 2) l'agence (*agentsvo*) ; 3) le service (*slujba*). Les deux derniers sont rattachés, et même subordonnés à un ministère, mais ils peuvent l'être aussi directement au gouvernement ou même au président de la Fédération de Russie.

Le ministère proprement dit (son administration centrale) a pour mission d'élaborer les politiques de son ressort et de coordonner les différents types d'organismes qui doivent concourir à leur mise en œuvre. Il peut faire les actes réglementaires qui ne relèvent pas de la compétence du gouvernement (lequel est le titulaire du pouvoir régle-

(49) En dehors du texte du décret n° 314 lui-même, voir : S.E. NARYCHKINE / T.YA. KHABRIEVA (dir.) (2006), *Administrativnaia reforma v Rossii*, Moscou, IZAK, en particulier la contribution de : L.K. TERECHTENKO / N.A. IGNATIUK / A.B. KALMYKOVA, « Ocobennosti pravovogo statusa feredalnogo ministerstva, federalnoi slujby i federalnogo agentsva » (Particularités du statut juridique des ministères fédéraux, des services fédéraux et des agences fédérales), pp. 169-181.

L'AGENCE ET LA RÉFORME DES ADMINISTRATIONS CENTRALES 29

mentaire général), mais ne peut pas faire d'actes administratifs individuels, ni exercer des fonctions de surveillance.

L'agence est une structure de gestion opérationnelle ; elle est chargée de la fourniture des services publics financés par des moyens budgétaires et/ou par des paiements acquittés par les usagers, et/ou de l'administration des propriétés de l'Etat. Elle fait les actes d'application de la loi, entendus au sens indiqué ci-dessus, mais ne peut pas faire d'actes réglementaires ni d'actes de contrôle ou de surveillance, sous réserve des cas prévus par un décret du Président de la Fédération.

Le service est une structure chargée de fonctions de contrôle et de surveillance ; il peut avoir le statut d'un organe collégial. Il peut faire des actes juridiques individuels dans l'exercice de ses fonctions, notamment par la délivrance de permis (licences) ou par des décisions contentieuses ou de sanction, mais ni actes réglementaires, sous réserve d'exceptions prévues par un décret du Président de la Fédération de Russie, ni actes de gestion des propriétés d'Etat ni de fourniture de services payants. Son financement est exclusivement budgétaire ou provenant du paiement de droits obligatoires acquittés par les agents économiques ou la population. Précisons que l'agence n'est pas une structure intégrée de gestion ; dans la plupart des cas elle doit remplir ses missions par l'intermédiaire d'établissements publics, ou d'entreprises publiques ou privées, notamment.

Cependant, les fonctions transversales et de coordination n'avaient sans doute pas été assez prise en compte dans cette réforme, puisque dès 2007 est réapparue une quatrième catégorie d'organes du pouvoir exécutif, les comités d'Etat, dont la fonction était précisément de traiter des questions transversales.

Par la suite le gouvernement fédéral s'est employé à promouvoir des réformes inspirées des mêmes principes par les gouvernements des sujets de la Fédération, qui ont la gestion de la plupart des services à la population (50).

Ces mesures ont été suivies de la réorganisation de toutes les administrations fédérales. La mise en œuvre de la réforme a été organisée dans le cadre de la « Conception de la réforme administrative en Russie pour les années 2006-2010 » adoptée par le gouvernement fédéral. On ne dispose cependant pas, pour le moment, d'informations suffisantes sur leurs résultats. On remarquera que la conception de cette réforme administrative n'est pas sans rappeler sous certains aspects la réforme

(50) Voir S. E. NARYCHKINE et T. YA KHABRIEVA (dir.), *Administrativnaya reforma v subjektakh Federacii*, Moscou, IZAK, 2008.

britannique. Les agences russes n'ont pas la personnalité morale et font partie en réalité, comme les autres institutions mentionnées de l'appareil ministériel. Elles sont inspirées par une logique de gestion orientée vers la recherche de l'efficacité. En revanche, la Russie a adopté une loi détaillée sur la fonction publique (loi n° 58 du 27 mai 2003) qui s'applique à tous les agents publics, y compris dans les agences.

B. – *L'agence comme référentiel*

Nous nous arrêterons moins longuement sur ces réformes. Il convient d'abord de montrer en quoi les « agences » des pays sources (Etats-Unis, Suède) qui ont apparemment servi de référence au « modèle » en étaient en réalité fort éloignées. Puis nous analyserons le cas de réformes qui se sont inspirées du modèle pour l'appliquer à des institutions existantes – d'une certaine manière comme cela a pu être le cas dans les pays sources.

1. *Le malentendu sur les caractéristiques des « agences » des pays sources*

En effet, si les Etats-Unis et la Suède ont été souvent cités comme des précurseurs du modèle des agences, c'est au prix d'analogies formelles et de bien réelles erreurs d'interprétation.

Le New Public Management est une doctrine d'origine américaine, mais bien postérieure à l'apparition des commissions réglementaires fédérales, et dans le livre de référence qui en a popularisé les préceptes⁽⁵¹⁾ il n'en est pas question. Ces autorités administratives n'ont jamais correspondu au modèle de l'agence qui s'est diffusé depuis les années 80. Leurs missions ont toujours été d'ordre réglementaire (délivrance d'autorisations, contrôle du respect des conditions par les bénéficiaires, réglementations tarifaires, sanctions, règlement de contentieux, surveillance du marché...) et jamais d'ordre opérationnel. Elles sont plus proches de la notion d'autorité de régulation, à ceci près qu'à l'origine leur mission était la réglementation, contre l'abus de puissance de marché, et non la construction d'un marché concurrentiel. Lorsqu'en 1995 le président Clinton a placé l'agence au centre de son programme de réforme tendant à améliorer l'efficacité et la réactivité de l'administration fédérale, c'était en s'inspirant de l'expérience britannique et pour riposter à l'offensive des Républicains qui réclamaient la privatisation de nombreuses administrations. Très peu de ces agences

(51) D. OSBORNE et T. GAEBLER, *op. cit.*

(au nom évocateur de « *performance-based organisations* » – PBO) ont vu le jour, pour des fonctions impliquant au total moins de 8.000 agents, pour des raisons tenant à des difficultés d'ordre politique et d'ordre constitutionnel, puis le projet a été abandonné (52). La modernisation de la gestion publique a suivi d'autres voies aux Etats-Unis.

Les agences suédoises ne sont pas davantage des précurseurs de l'agence au sens de la nouvelle gestion publique. C'est la forme par laquelle l'administration royale s'est développée depuis la fin du 17^e siècle. Ce sont les administrations qui assument l'ensemble des tâches réglementaires et opérationnelles relevant des ministères dans les autres pays. Cette institution (*ambetsverken*) s'est imposée parce qu'elle a permis d'établir l'indépendance des fonctionnaires dans les décisions individuelles et elle a donc accompagné, comme l'*ombudsman* à partir de 1809, la limitation du pouvoir royal. L'habitude s'est prise ensuite de créer de nouvelles agences en fonction des besoins, d'où une grande fragmentation (plus de 600 agences aujourd'hui) qui est compensée par le pouvoir de direction exercé par le gouvernement. Le ministre n'a lui-même que des pouvoirs limités envers les agences de son ressort : il fixe leur dotation budgétaire et définit des orientations générales, mais il n'exerce ni pouvoir réglementaire, ni pouvoir d'instruction, ni un pouvoir de révision des décisions individuelles que l'agence doit prendre en application des lois et des règlements. Les agences suédoises ne doivent donc rien à une inspiration managériale (53). Après la Seconde Guerre mondiale, leur fonctionnement a pris les traits du néo-corporatisme avec la participation des intérêts concernés à leur gestion ; cette évolution a été remise en cause à partir des années 70.

Par la suite, les agences ont été objet de réforme plutôt que modèle de réforme quand la Suède s'est ouverte à l'influence du New Public Management. Certaines agences ont été transformées en entreprises publiques, le gouvernement a introduit dans les agences le « management par objectif », le « management par les résultats », une organisation interne fondée sur la distinction fournisseur / client (54). Il reste que ce mode d'organisation institutionnalise la séparation du politique et du management ; mais en Suède la petite taille du pays relativise beaucoup la portée d'une telle séparation. De plus, dans la mesure où les réformes du management ont rendu plus problématique la direction politique que le gouvernement est censé exercer, on a commencé à introduire depuis

(52) G. MARCOU, *op. cit.*

(53) *Ibid.*

(54) C. POLLITT et G. BOUCKAERT, *Public management reform. A comparative analysis*, Oxford University Press, 2^e éd., 2004, p. 288.

2000 le « management par activités » (*verksamhetstyrning*), fondé sur de indicateurs de performance qui ont été interprétés comme l'instrument d'une reprise de contrôle par le pouvoir exécutif (55).

En d'autres termes, il s'est produit un phénomène d'« agencification » des institutions existantes avec l'introduction dans leur fonctionnement des préceptes du *New Public Management*, qui ont trouvé en elles un cadre propice à leur mise en œuvre. C'est aussi ce que l'on peut observer dans des pays qui n'ont pas servi de source d'inspiration à ces doctrines.

2. L'« agencification » par la réinterprétation des institutions existantes

On peut interpréter ainsi les réformes qui ont été mises en œuvre en France et en Allemagne. Ces deux pays ont été moins sensibles que d'autres à l'influence du *New Public Management*, pour des raisons d'ailleurs différentes, mais des réformes se sont cependant imposées dans la gestion publique pour réaliser des économies que l'on attend d'une plus grande efficacité.

En France, le socle de la réforme de la gestion publique est la LOLF, suivie par le processus de Révision générale des politiques publiques (RGPP). Le budget de type LOLF conduit à réorganiser l'action publique sous la forme de missions et de programmes auxquels correspondent des imputations budgétaires. Cette évolution a fait apparaître une catégorie nouvelle, d'ailleurs non prévue dans la LOLF : les opérateurs. On appelle ainsi des organismes, pouvant avoir des statuts divers, qui assurent la mise en œuvre d'actions inscrites dans un programme, lorsque le ministère et ses services déconcentrés ne peuvent l'assumer directement. Les opérateurs sont toujours des organismes dotés de la personnalité morale et distincts de l'Etat. Selon le ministère des finances, les opérateurs forment un sous-ensemble des entités contrôlées par l'Etat qui se caractérisent par trois critères cumulatifs :

- une activité non marchande financée majoritairement par l'Etat ;
- des missions et des objectifs définis par l'Etat ;
- une activité étroitement encadrée par l'Etat (56).

(55) J. PIERRE, « Central agencies in Sweden. A report from Utopia, in C. POLLITT et C. TALBOT (eds), *Unbundled government. A critical analysis of the global trend to agencies, quangos and contractualisation*, Londres / New-York, Routledge, 2004, pp. 204 et s. et 211.

(56) F. MORDACQ (dir.), *La LOLF : un nouveau cadre budgétaire pour réformer l'Etat*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 279 et s.

Selon la circulaire du ministre du budget du 8 février 2005, on recense 778 opérateurs, tels que les universités, l'IGN, l'ANPE, des associations comme l'AFPA. Les secteurs de l'éducation et de la culture sont ceux qui comptent le plus grand nombre d'opérateurs.

Il est tentant de reconnaître dans l'opérateur la vision française de l'agence. Sur le plan international, on l'a déjà remarqué, l'établissement public est considéré comme l'équivalent français de l'agence et comme un mode d'organisation approprié à la mise en œuvre des politiques publiques. Le rapport Rochet (2002) a présenté un ensemble de propositions tendant à introduire les préceptes du management dans le fonctionnement et la gestion des établissements publics nationaux ; ces propositions appellent une évolution des pratiques plutôt que des réformes institutionnelles (57). Mais on voit que dans cette optique l'agence ne s'applique plus à la réforme des administrations centrales ; elle intéresse seulement le stade de la mise en œuvre opérationnelle. Quand le besoin s'est fait sentir d'individualiser certaines fonctions d'administration centrale on a plutôt eu recours à la création de services à compétence nationale, d'ailleurs parfois baptisés « agences », comme l'Agence des participations de l'Etat déjà citée (58).

En Allemagne, on estimait que la plupart des préceptes du *New Public Management* étaient déjà inscrits dans les principes constitutionnels posés par la Loi fondamentale, et notamment le fédéralisme administratif, la décentralisation et le principe de subsidiarité. Néanmoins le discours de la nouvelle gestion publique s'est construit à partir d'expériences étrangères, et seulement plus tard par la réception du *New Public Management*. Cela a débouché sur un discours produit spécifiquement par les institutions allemandes, surtout au niveau des *Länder* et des collectivités locales, qui sont responsables de la plupart des services publics destinés à la population, sous le nom de : « *Neues Steuerungsmodell* ». Ce discours met l'accent sur l'orientation de la gestion vers le marché pour en tirer le meilleur profit, sur l'orientation de la production des services publics vers le « client » (59). Il a déterminé un recours plus fréquent au secteur privé dans l'exécution de certaines

(57) Ministère de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de l'Aménagement du Territoire, *Les établissements publics nationaux : un chantier pilote pour la réforme de l'Etat*, Rapport rédigé sous la direction de Claude ROCHET, Paris, La Documentation française, juillet 2002.

(58) Sur les services à compétences nationales, voir : J. FERSTENBERT, « Une troisième catégorie de services de l'Etat ? », *AJDA* 1997, p. 315 ; J.-F. BOUDET, « Les services à compétence nationale », *RFDA* 2009, n° 5, sept.-oct., p. 995.

(59) J. BOGUMIL, S. GROHS, S. KÜHLMANN, A.K. OHM, *Zehn Jahre Neues Steuerungsmodell*, Berlin, Sigma, 2007, pp. 23 et s.

missions, sous différentes formes, mais il a eu peu d'influence sur la typologie des structures administratives: on observe de nombreuses mesures de concentration de services, de raccourcissement de la hiérarchie, de réorganisation territoriale, mais ne voit pas apparaître des catégories nouvelles qui seraient imputables à l'influence du New Public Management, telles que l'agence (60).

Il n'en reste pas moins que la logique managériale pénètre peu à peu les diverses structures assimilables à des agences. Du point de vue juridique, le droit allemand ignore un concept d'agence, mais le discours de la modernisation administrative l'a introduit à l'occasion de la réforme d'un certain nombre d'organismes. Comme pour la France, dans les enceintes internationales, il est courant de considérer comme équivalentes à des agences les « autorités fédérales supérieures autonomes » (*selbständige Bundesoberbehörden*) (qui ne sont d'ailleurs pas autonomes, ni d'ailleurs dotées de la personnalité morale) mais dépourvues d'un appareil d'exécution dans les *Länder*) ou des institutions dotées de la personnalité morale, également énumérées à l'article 87 de la Loi fondamentale (61). Des réformes récentes relatives à certains de ces organismes ses sont accompagnées du changement de leur nom pour souligner l'orientation vers une logique managériale. Par exemple, l'Office fédéral du Travail (*Bundesanstalt für Arbeit*) créé en 1952 pour assurer la gestion de l'assurance-chômage et le placement, est devenu en 2004 l'Agence fédérale du travail (*Bundesagentur für Arbeit*), sans que soit modifiée sa nature juridique de « collectivité de droit public » (*Körperschaft öffentliches Rechts*).

Il ne s'agit pourtant pas d'un changement « cosmétique »: on relève effectivement un changement de mode de fonctionnement et d'orientation: définition de standards de qualité, orientation vers le « client », suivi des résultats atteints par les différentes directions territoriales par rapport aux objectifs visés, possibilité offerte au personnel de passer du statut de la fonction publique à un régime de droit privé soumis à une convention collective (62). Au niveau des *Länder*, on peut en voir aussi la manifestation dans des réformes de structure qui se

(60) C. BRENSKI et A. LIEBIG (Hrsg), "Aktivitäten auf dem Gebiet der Staats- und Verwaltungsmodernisierung in den Ländern und beim Bund 2004-2005", *Speyer Forschungsberichte*, 2007, n. 250, Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer; voir notamment pp. 516-517 et les différents rapports par *Land*.

(61) Sur ces institutions on renvoie à J. MASING et G. MARCOU (dir.), *Le modèle des autorités indépendantes de régulation en Allemagne et en France*, Université Paris 1, UMR de Droit comparé, (à paraître).

(62) Voir le Rapport d'activité de 2007: Bundesagentur für Arbeit, *Erreichtes sichern – Erfolge ausbauen. Geschäftsbericht 2007*, 2008.

traduisent par des changements de statut caractérisés par une plus grande autonomie de gestion, en sortant certains services de l'administration ministérielle (63).

Ainsi, en Allemagne comme en France, l'« agencification » s'opère souvent par la mutation interne, au moins affichée, d'institutions existantes dont les missions paraissent appeler une telle évolution.

*
* *

De cet examen, on peut tirer un certain nombre d'enseignements.

Tout d'abord, il existe indubitablement une unification du discours sur la réforme des administrations centrales au niveau international, et ce discours tend à présenter un certain nombre de modes d'organisation comme indispensables à une gestion moderne et efficaces. L'agence est l'un des thèmes récurrents de ce discours. Cependant, ce discours est aujourd'hui plus nuancé et le bilan de certaines réformes a conduit l'OCDE à mettre en garde les gouvernements contre les risques d'une trop grande fragmentation de l'appareil administratif, pouvant affaiblir la capacité d'action du gouvernement. Les documents publiés par SIGMA incitent également à la prudence, soulignant le risque relatif aux difficultés de coordination (64). Il n'est pas surprenant, dans ce contexte, que l'Union européenne se soit aussi engagée dans la voie de la création d'agences en grand nombre, et il n'est pas surprenant non plus que la cohésion de l'ensemble soulève les mêmes problèmes que ceux observés dans divers pays, d'autant plus que l'Union européenne n'a pas de gouvernement.

Deuxièmement, malgré cette unification du discours, les réformes administratives restent fortement tributaires du système dans lequel elles naissent et doivent être mises en œuvre. On le voit dans la diversité des interprétations données de l'agence, de sa place dans l'organisation administrative (avec ou sans personnalité morale, liée ou non à l'administration ministérielle...) et de ses missions (missions d'administration centrale ou missions opérationnelles). Au-delà de l'affichage de l'adhésion à un discours commun, les problèmes auxquels les réformes administratives doivent tenter de répondre sont souvent très différents :

(63) G. MARCOU, *op. cit.*, 2009.

(64) SIGMA, *Organising the central state administration. Policies and instruments*, SIGMA Paper n° 43, 2007, p. 34; SIGMA, *Drafting a concept paper on the organizational structure of the executive's administration*, 2008, pp. 4-5.

changer le système de fonction publique (Royaume-Uni), surmonter l'héritage de l'organisation ministérielle soviétique (Russie), rationaliser l'appareil administratif de l'Etat après le transfert de nombreuses compétences aux régions (Espagne), etc... Ces observations doivent mettre en garde contre les dangers du mimétisme. S'inspirer des exemples des pays étrangers ne dispense pas d'un bon diagnostic et de fixer ses objectifs pour déterminer les réformes à entreprendre. En outre, les réformes ont souvent un agenda caché qui ne se révèle qu'au cours du temps.

Enfin, on peut se demander si l'agence est la bonne question, du moins si on l'entend dans un sens organique. La modernisation de la gestion publique peut emprunter des voies différentes, et les principes de fonctionnement donnés pour ceux de l'agence peuvent aussi être mis en œuvre dans différents types d'organisation administrative ; on l'a vu, il existe d'ailleurs des types d'agence très divers. Comme l'avait souligné le Conseil d'Etat dans les années 70, la réforme de la gestion ne passe pas nécessairement par une réforme des structures ; celle-ci peut-être nécessaire mais encore faut-il le vérifier. Si, au-delà de ses différentes déclinaisons, l'agence a un sens, c'est celui d'une notion fonctionnelle plutôt qu'institutionnelle. Cette lecture indique peut-être aussi le moyen d'en éviter certains inconvénients.

LES ENJEUX DU RECOURS AUX AGENCES : QUELQUES TENSIONS PROBLÉMATIQUES

PAR

BENOÎT VERRIER

CHERCHEUR ASSOCIÉ AU RISME-GSPE (UMR 7012 CNRS), CHARGÉ DE MISSION AU CENTRE
D'ANALYSE STRATÉGIQUE (CAS), DÉPARTEMENT TRAVAIL EMPLOI FORMATION, PARIS

La présente contribution vise à présenter quelques unes des tensions problématiques qui paraissent éclairer les enjeux liés aux processus de constitution des agences (65). Dès lors que l'on se penche sur cet objet, trois constats – surprenants – peuvent être relevés.

Le premier d'entre eux réside dans l'évolution du nombre d'agences. Leur prolifération dans les Etats occidentaux au cours des années 1980/1990 (on a pu parler de « fièvre ») peut être objectivée à travers quelques exemples. En Grande-Bretagne, leur nombre est ainsi passé de 28 en 1986, à 164 en 2002. De même, alors que les Pays-Bas ne comptaient que 4 unités en 1994, on en dénombre 31 qui, en 2004, emploient près de 40 % des agents publics. Ce mouvement – international – affecte également l'organisation administrative française. En témoignent, par exemple, la création de l'ADEME (l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie) par la loi du 19 décembre 1990, celle de l'AFM (l'Agence française du médicament) par la loi du 4 janvier 1993 (66), ou la proposition, à l'issue du premier Conseil de modernisation des politiques publiques du 12 décembre 2007, d'une « agence chargée du pilotage et de la coordination des achats des administrations de l'État ».

Le deuxième constat est le relatif flou qui les caractérise. Ces organisations d'exécution, de régulation ou de prestation de services renvoient en effet à des réalités très diverses. Et c'est ainsi qu'on peut, *a minima*, considérer à la suite de Colin Talbot qu'une agence est « une entité à distance du cœur de la hiérarchie des administrations étatiques ».

(65) Cette contribution s'inscrit dans la continuité de Jérôme TOURNADRE-PLANCQ, Benoît VERRIER, « La multiplication des agences annonce-t-elle le retrait de l'Etat ? », Paris, La Documentation française, *Problèmes économiques*, mars 2009, n° 2967, pp. 11-16.

(66) On notera également la publication, lors de la première partie des années 1990, des Rapports BLANC (1993) et PICQ (1995) préconisant la création d'agences.

centrales, qui exerce des missions publiques à un niveau national; elle est composée de fonctionnaires financés par le budget de l'État ou dont le financement demeure sous la responsabilité de l'État; elle reste enfin sujette, au moins pour partie, à des procédures de droit public» (67). En outre, et au-delà du flou, la création d'agences paraît liée à la volonté de dissocier responsabilités stratégiques, conservées par l'administration centrale, et fonctions opérationnelles, confiées à ces structures (68). Elle tendrait ainsi à favoriser la qualité de gestion et à permettre une mesure précise de la performance (69).

Enfin, ce processus d'«agencification» s'inscrit dans un ensemble de réflexions et de mesures traduisant le passage récent d'un «État producteur» à un État «régulateur» (70) ou «stratège» (71). Il signifierait voire signerait, en ce sens, des transformations étatiques et administratives fondamentales (72).

Pour peu qu'on se laisse «étonner» et «surprendre» par cet objet, ce dernier apparaît réorganiser et redéfinir des débats et des problématiques variés, qui peuvent être, en partie au moins, saisis à travers les tensions qui sont produites – tensions sans doute ambivalentes, parfois contradictoires, souvent inachevées, mais qui caractérisent les restructurations de l'action publique et de ses acteurs. Trois d'entre elles sont ici analysées: la première met aux prises les agences avec le *New public management* (NPM), la deuxième articule les usages des agences avec la transformation des administrations, quand la troisième renvoie au rôle des agences par rapport à l'action publique de l'État.

(67) C. TALBOT, «The Agency Idea», in Chr. POLLITT et C. TALBOT, *Unbundled Government*, Oxon, Routledge, 2004, p. 5.

(68) Cette séparation s'appuie sur la Théorie de l'agence, qui met en exergue la relation contractuelle existant entre le «principal» (propriétaire du capital) et l'agent en tant que gérant de l'organisation. Elle connaît des applications multiples, tant dans le domaine de l'entreprise et du secteur économique que dans la sphère administrative. Voir M. C. JENSEN & W. H. MECKLING, «Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure», *Journal of Financial Economics*, vol. 3, 1976.

(69) C'est notamment dans cette perspective qu'est élaborée une note de l'Institut de la gestion publique et du développement économique, «Agences, un modèle en expansion?», *Perspectives gestion publique*, n° 5, mars 2003.

(70) Voir notamment J. CHEVALLIER, «La régulation juridique en question», *Droit & Société*, n° 49, 2001, pp. 827-846.

(71) Voir *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général (Rapport Blanc)*, Paris, La Documentation française, 1993.

(72) On rejoint ici l'analyse de Patrick HASSENTEUFEL qui insiste sur les incertitudes de l'orientation de l'action publique en avançant que les «transformations résultent le plus souvent du bricolage, en partie aléatoire, d'activités hétérogènes et de hybridation d'éléments nouveaux et anciens», cf. Patrick HASSENTEUFEL, *Sociologie politique: l'action publique*, Paris, Armand Colin, Collection U, 2008, p. 237.

I. – LES AGENCES AUX PRISES AVEC LE NEW PUBLIC MANAGEMENT

La notion et l'appellation même d'agence ne surgissent pas dans le champ administratif à l'orée des années 1980 (73). Pourtant, c'est dans cette conjoncture qu'elles connaissent une forme de renouveau, notamment lié à l'essor du *New Public Management*. Au-delà des divergences qui peuvent exister entre les différents modèles d'État des pays ayant créé des agences, la conséquence reste la même : l'éloignement du politique de la mise en œuvre des politiques publiques.

Le NPM est donné à voir comme une véritable science de gouvernement et une critique du modèle bureaucratique. Si l'on suit Philippe Bezès, le NPM « *défend de nouvelles manière de penser l'organisation administrative à partir d'un ensemble hétérogène d'axiomes tirés de théories économiques, de prescriptions issues de savoirs de management, de descriptions de pratiques expérimentées dans des réformes (notamment dans les pays anglo-saxons) et de systématisations produites par des organismes comme l'OCDE* » (74).

Ces orientations sont plus particulièrement présentes dans le programme *Next Steps*, lancé par l'un des gouvernements Thatcher en 1988. Les soucis de responsabilisation des *managers*, de souplesse de gestion, de proximité avec les usagers et, plus généralement, de performance sont mis en avant. Ils annoncent, concrètement, les transformations de certains départements ministériels en agences d'exécution. On peut ici citer, à titres d'exemples, la création du *Jobcentre plus*, dans le domaine de l'emploi (avec 90 000 agents en 2003), ou du *HM Prison Centre*, dans celui de la gestion des prisons (avec 42 000 agents en 2003). L'autorité politique, à qui ces nouvelles structures doivent à terme rendre des comptes, est *a priori* tenue à distance du processus de mise en œuvre des politiques.

C'est une logique comparable qui semble prédominer en France à la même époque. La circulaire relative au « *renouveau du service public* », en 1989, envisage ainsi « *la création de centres de responsabilités expérimentaux où seraient mis en œuvre de façon contractuelle des assouplissements des règles de gestion budgétaire, accompagnant une plus grande autonomie administrative* ». Ces premiers éléments

(73) La Suède dès le XVI^e siècle, la Norvège en 1850 ou encore les Etats-Unis dès le début du XX^e siècle ont mis en place des formes organisationnelles proches des agences. Voir Jacques CHEVALLIER, *Science administrative*, Paris, PUF, coll. Thémis », 3^e éd., 2002, p. 341.

(74) Ph. BEZES, « Construire des bureaucraties wébériennes à l'ère du *New Public Management*? », *Critique internationale*, n° 35, 2007, pp. 18-19.

laissent penser que, s'il est commun à différents pays, le mouvement d'*agencification* n'est donc pas uniforme (75).

Pendant et pour exprimer les nuances de cette tension, les multiples vertus attribuées à l'agence sont fortement empreintes d'un managérialisme unificateur qui s'organise autour de quelques grands principes.

L'agence, comme modèle de modernisation de l'action de l'État, est censée améliorer la qualité, l'efficacité et l'adaptabilité des services, tout en dynamisant l'appareil administratif. En ce sens, l'expertise détenue par l'agence, du simple fait de la spécialisation de sa mission, contribue logiquement à ce dynamisme. Les propos de Franco Bassanini, en 2000, alors ministre de la Fonction publique en Italie, restituaient cette logique : « *Réorganiser l'administration centrale vise [...] à corriger une organisation jugée inapte à répondre de manière acceptable aux critères de transparence, d'efficacité, d'efficience. L'État se fait stratège et arbitre, et confie [...] ses fonctions d'exécution et de gestion aux agences* » (76).

Mais c'est sans doute dans la Grande-Bretagne des années Thatcher que le « puzzle doctrinal » du *New Public Management* a trouvé ses hérauts les plus investis. C'est en effet Outre-manche que le NPM a été porté par certains hommes politiques, comme Keith Joseph, ministre de l'Industrie du premier gouvernement de la « Dame de fer », et une poignée de *think tanks*, dont nombre de chercheurs vont ensuite investir des cellules ministérielles, après la victoire conservatrice de 1979 (77). Les préconisations en termes de développement de la contractualisation et de l'évaluation dans l'État, de diffusion de la concurrence et des outils de la gestion d'entreprise dans les services publics, de « rationalisation » de la dépense publique, ou encore, de survalorisation du pouvoir politique central au détriment d'une fonction publique réduite au rôle de simple exécutante, ont profondément guidé les réformes administratives conduites durant ces années Thatcher et Major.

(75) Christopher POLLITT et Geert BOUCKAERT notent ainsi que le « *même terme peut être utilisé pour caractériser des changements d'ordre très différents, dans des situations très contrastées, et qui sont porteurs de ses variables dans chacun de ces contextes d'adoption* » (*Public Management Reform: A comparative analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 165). Ce principe est notamment vérifié dans Anneliese DODDS, « Le développement des agences en Grande-Bretagne et en France. L'exemple d'EduFrance, transfert d'outre-Manche ou création indigène ? », *Revue française d'Administration publique*, n° 111, 2004.

(76) Cité dans « Agences, un modèle en expansion ? », *Perspectives gestion publique*, n° 5, mars 2003, p. 5.

(77) Sur la diffusion du NPM en Grande-Bretagne, voir J. TOURNADRE-PLANCOQ, « La naissance du NPM en Grande-Bretagne et sa reformulation par les néo-travailleurs », in L. BONELLI, W. PELLETIER, *L'Etat démantelé*, Paris, La Découverte, septembre 2010.

Des initiatives variées témoignent de l'inscription de ces principes dans la réalité : – ainsi, la création du *National Audit Office*, en charge de s'assurer que toute dépense publique engagée l'est en vertu de l'indépassable rapport coût/efficacité ; – ou encore le lancement de la *Financial Management Initiative*, visant à généraliser les indicateurs de performance dans les services publics ; – ou le programme *Next Steps*, qui organise la substitution de centaines d'agences relativement autonomes et flexibles à des pans entiers d'une administration jugée alors archaïque.

Ainsi, trois dimensions du NPM contribuent à soutenir la diffusion du modèle de l'agence. La première renvoie à la vision initiale de l'Etat que les supporteurs du NPM valorisaient, à savoir une réduction de l'Etat et de ses coûts. Les premières réformes en Grande-Bretagne devaient ainsi permettre de réduire les coûts, les gaspillages et les effectifs dans le secteur public. La deuxième dimension tend à valoriser l'autonomie des organisations, contre les pesanteurs de la bureaucratie administrative. Cette dimension met l'accent sur le renforcement de la liberté des gestionnaires, sur l'allègement des formes de contrôle, sur la redevabilité (c'est-à-dire le fait de se sentir engagé par rapport aux usagers) ou encore sur la participation même des agents publics à la réforme de l'administration de l'Etat. Une troisième dimension du NPM a pu émerger au cours même du processus d'agencification : elle consistait à mettre en cause les administrations en signalant le manque de contrôle des autorités politiques sur celles-ci. Puisant leurs recettes dans différentes théories (agence, *public choice*, coûts de transaction), les spécialistes du NPM voulaient mettre en évidence que, pour des raisons notamment d'asymétrie d'informations, les administrations avaient réussi à imposer leurs vues aux politiques – nouvel argument d'un vieux débat... les administrations maîtrisant en effet les ficelles budgétaires de l'action publique et étant à même de contrôler la mise en œuvre des programmes publics. Le modèle de l'agence ne tend donc pas simplement à réformer les organisations, il tend également à redéfinir les rôles de l'ensemble des acteurs publics.

Cette première tension, qui touche aux modalités et aux principes de gestion de l'administration, invite à s'intéresser aux transformations de l'Etat que les processus d'agencification révèlent.

II. – LES USAGES DES AGENCES DANS LES TRANSFORMATIONS DE L'ÉTAT

Les agences semblent donc préfigurer et symboliser ce qui est donné à voir comme une « administration nouvelle émancipée du carcan bureaucratique : elles annoncent la naissance d'une administration polycentrique, formée de cellules différenciées, solidement enracinées dans leur milieu d'intervention et dotées d'une capacité d'action autonome » (78).

Le modèle d'État français s'est pourtant historiquement construit sur un mode unitaire et centralisé, qui a fortement façonné les représentations de l'administration et les comportements de ses agents et usagers. On observe cependant, depuis quelques décennies, l'apparition d'un phénomène de « fragmentation » (79) de l'appareil administratif. Celui-ci est notamment porté par l'émergence d'administrations de mission. Ces dernières doivent théoriquement favoriser une approche transversale d'un problème circonscrit, dont l'administration « classique » ne saurait se saisir en raison d'un mode gestion jugé trop lourd. Des entités aussi diverses que la Délégation à l'Emploi ou la Délégation à la condition féminine pourraient constituer cette catégorie. La logique qui conduit la puissance publique à affecter des moyens à la réalisation de programmes spécifiques, n'est pas non plus étrangère à celle guidant la création d'autorités administratives indépendantes (Commission nationale Informatique et Libertés, etc.).

Mais cette même logique se profile également, et peut-être surtout, derrière le recours aux agences. Ces dernières se distinguent pourtant des AAI et des administrations de mission car elles sont dotées d'une personnalité morale distincte de l'État (80). Mais cette caractéristique a pour effet de conforter l'autonomie des agences et, dans le même mouvement, d'asseoir la division du travail recherchée dans la séparation des fonctions de pilotage et de gestion.

On observe néanmoins différents degrés d'autonomisation selon les contextes nationaux. En Italie, en Grande-Bretagne, en Suède, en France, ou encore, aux États-Unis, les agences partagent une autonomie leur permettant de gérer leur comptabilité et leur personnel et, dans de nombreux cas, de déterminer leur politique d'investissement.

(78) J. CHEVALLIER, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative », in *Études en l'honneur de Georges DUPUIS*, Paris, LGDJ, 1997, p. 59.

(79) J. CHEVALLIER, *Science administrative*, op. cit., p. 422.

(80) Exception au principe, l'Autorité des marchés financiers est la seule AAI à disposer de la personnalité morale.

Les agences ont pourtant à leur tête des directeurs aux situations différentes : par exemple, si un *chief executive* britannique est rémunéré en fonction des résultats de son organisation, il n'en va pas de même pour son homologue néerlandais. Cette volonté britannique de performance sous-tendrait également le choix de privilégier le recrutement de cadres du secteur privé, jugés plus sensibles à la prise en compte d'objectifs et à l'évaluation.

En France, l'autonomie attachée aux agences renvoie à de multiples réalités. Comme le souligne Jacques Chevallier, il existe une « *dynamique centrifuge* » qui pousse ces unités administratives « à renforcer leur autonomie vis-à-vis du niveau central » et « à développer leurs relations avec leur milieu d'intervention » (81). Ce mouvement d'autonomisation est renforcé par le fait que le personnel des agences se caractérise par un savoir et des compétences lui permettant de disposer d'une certaine marge de manœuvre par rapport à l'autorité étatique (82). De plus, l'agence est promue comme davantage flexible que l'appareil administratif central : elle contournerait ainsi le principe de hiérarchie et contribuerait à la constitution de réseaux d'action publique – des réseaux qui, fondés sur des coopérations changeantes et non hiérarchiques jouent un rôle déterminant dans la mise sur agenda, la décision et la mise en place de l'action publique.

Le simple fait, pour l'administration centrale, d'externaliser certaines de ses missions en les confiant à des agences, peut aussi se comprendre comme un moyen de redéfinir les responsabilités et les tâches. Ainsi, dans le domaine de la santé, la création d'agences a permis au ministère de se départir de programmes et d'activités de régulation et de prestation lourds à mener, comme la gestion du secteur des transfusions sanguines, la surveillance des maladies, l'octroi de d'autorisations de mise sur le marché de médicaments, etc. (83) Cette mise à distance a également pu être interprétée comme un moyen de « redistribuer les responsabilités en cas d'échec éventuels de politiques, en transférant une partie vers les fonctionnaires directement en charge de la gestion opérationnelle des politiques publiques » (84).

Mais autonomie des agences ne signifie évidemment ni indépendance ni éclatement de l'autorité du pouvoir central. Cette dernière perdure,

(81) J. CHEVALLIER, *Science administrative, op. cit.*, p. 388.

(82) F. CANTELLI, St. JACOB, J.-L. GENARD, Chr. DE VISSCHER, *Les Constructions de l'action publique*, Paris, L'Harmattan, 2006.

(83) D. BENAMOUZIG et J. BESANÇON, « Les agences, alternatives administratives... », *op. cit.*, p. 16.

(84) Ph. BEZES, « Le renouveau du contrôle des bureaucraties. L'impact du *New Public Management* », *Informations sociales*, n° 126, 2005, p. 34.

au travers notamment de dispositifs d'encadrement, d'imposition d'objectifs et de contrôle des résultats. Des formes de régulation se font ainsi jour et laissent entrevoir les possibilités d'une extension de l'emprise de l'État.

III. – LES AGENCES DANS L'ACTION PUBLIQUE, ENTRE LIMITATION ET EXTENSION DE LA PUISSANCE PUBLIQUE

Souvent apprécié comme un indicateur privilégié d'un « démembrement » de la puissance publique mené au nom d'une « nécessaire » réforme de l'État, le recours aux agences renvoie à une réalité plus complexe, où la « reprise en main » étatique de certains domaines d'action n'est pas exclue.

Dès le moment de sa création, une agence est soumise à divers contrôles et évaluations. Même aux Etats-Unis, où l'agence dispose d'une grande autonomie vis-à-vis de la présidence et des ministères concernés, elle reste sous la surveillance étroite du Congrès, qui doit donner son accord pour la nomination des dirigeants des commissions indépendantes à caractère réglementaire. Au Royaume-Uni, ce sont les ministères qui sont à l'origine de la création d'agences et qui jugent de la pertinence de leur domaine d'activité. Les gouvernements travaillistes des années 1990/2000 n'ont pas toiletté ces dispositifs et ces principes. Ils ont rappelé l'importance des agences dans le dispositif administratif mais également le monopole par les ministères de la conception et de la coordination des programmes de politiques publiques – des programmes auxquels les agences ne peuvent que se subordonner. Ce faisant, celles-ci sont notamment contraintes de présenter, chaque année, un « *business plan* », comprenant des indicateurs en matière de finances, de services rendus, de qualité et d'efficacité. Le pouvoir exécutif peut ainsi fixer les objectifs et les résultats à atteindre, et contrôler le suivi des performances (85).

L'impératif de redevabilité et de transparence (*accountability*) que traduisent ces dispositifs de contrôle, est également observable, depuis le début des années 1990, en Suède, pays précurseur dans la mise en place d'agences. Par le passé, certaines agences avaient pu concurrencer les ministères, du fait de leur supériorité en termes d'effectifs et de compétences. Or, depuis 1993, toutes doivent publier un

(85) Les risques de « technocratisation » de ces « bureaucraties de contrôle » ont été repérés. Voir par exemple O. JAMES, « The rise of regulation of public sector in the United Kingdom », *Sociologie du travail*, vol. 47, n° 3, 2005.

rapport annuel relatif à leur situation financière, à leurs activités et à leur résultat. Ce document, remis au Bureau national d'audit (BNA), est devenu le principal outil de « comparaison, d'audit et de contrôle » des agences (86). Sur ce fondement, le BNA peut se livrer à la notation financière de ces entités, en en contrôlant notamment le niveau de qualité de la gestion financière. Les notes de chaque agence sont par ailleurs rendues publiques (87). L'enjeu d'une telle forme de « gouvernement à distance », construit sur des objectifs ou des indicateurs de performances, est d'éviter un renversement d'équilibre entre le pouvoir central et l'agence. Ce risque de « tutelle inversée » n'est cependant pas propre aux pays ayant une longue tradition en matière d'agences, comme la Suède.

En France, les réorganisations du pilotage de la politique de santé – avant même l'organisation autour des Agences régionales de santé – constituent un bon exemple des tensions produites par l'agencification.

Depuis le début des années 1990, sept agences ont été créées sous tutelle de la Direction générale de la santé (DGS), dans le but d'améliorer l'expertise et la capacité de régulation de certains secteurs par la puissance publique. L'exemple est d'autant plus intéressant qu'il renvoie à des structures aux moyens humains et financiers importants. Ces établissements publics ont en effet vu leurs effectifs budgétaires multipliés par 6,8 entre 1997 et 2000. Ils regroupent ainsi plus de 10 500 agents. Les ressources de ces agences sont constituées tant par des subventions provenant de l'Etat et de l'assurance maladie, que par des financements de conventions et de bénéficiaires (redevances, taxes, etc.). Leur budget cumulé s'élevait, en 2000 lorsque la Cour des Comptes s'y est intéressée avec une certaine acuité (88), à près de 840 millions d'euros (contre 609 millions pour les moyens budgétaires étatiques en matière de santé publique.). Dotés d'un conseil d'administration (dirigé par un directeur général nommé et révocable par le gouvernement), ces sept établissements disposent également d'un conseil scientifique en charge d'aider à définir leur « stratégie ». On ajoutera, enfin, que la seule existence de ces agences confirme également le flou entourant la définition juridique du modèle français. Ainsi, l'AFSSA et l'AFSSET, responsables respectivement de l'alimentation et de l'environnement et du travail, rendent des avis publics légitimés par leur expertise et susceptibles d'être suivis par le ministère de la Santé. En revanche,

(86) « Agences, un modèle en expansion ? », *op. cit.*, p. 3.

(87) *Ibid.*

(88) Cour des Comptes, *Rapport sur l'application des lois de financement de la Sécurité sociale*, septembre 2000.

l'AFSSAPS (agence du médicament) fonctionne sur le modèle de l'*executive agency* américaine (89). Elle prend en effet des décisions au nom de l'Etat lorsque, sur le fondement de son pouvoir de police sanitaire, elle octroie ou retire des autorisations de mise sur le marché des produits de santé.

Au-delà de cette hétérogénéité institutionnelle, il est peut-être difficile pour les 300 fonctionnaires de la Direction générale de la Santé de coordonner et de piloter l'action des sept agences mentionnées quand les seuls effectifs cumulés des deux principales (l'Agence française de sécurité sanitaire de l'alimentation et l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé) s'élèvent déjà à 2 000 agents. D'ailleurs, la Cour des comptes a souligné les effets d'une « *grande autonomie, de moyens humains et financiers conséquents* » (90), en notant que l'efficacité de l'action de la DGS n'était désormais « *subordonnée [qu']à sa capacité de convaincre et à la légitimité que les agences sanitaires trouvent à son intervention* ». Et les magistrats allaient même jusqu'à recommander la reconstitution d'une expertise interne, permettant de proposer un pilotage stratégique des agences sanitaires.

Loin de marquer un simple mouvement de retrait de l'État, les agences peuvent, au contraire, s'affirmer en instruments de conquête de certains domaines. C'est le cas, par exemple, du secteur des Affaires sociales, où la création, entre autres, de l'Agence nationale pour le Développement de l'Activité médicale (ANDEM) marque un retour sur le processus historique de délégation de certaines missions à la profession médicale (91). Par ailleurs, dans ce secteur, la création d'agences sanitaires ne s'est pas traduite par une disparition des administrations intégrées, comme ce fut le cas en Grande-Bretagne. Seule la naissance de l'agence du médicament a entraîné la disparition d'une direction administrative. En outre, dès 1995, les auteurs d'un rapport publié par l'École nationale d'administration faisaient état du nombre élevé des inspections effectuées par l'administration centrale dans les agences, et suggéraient, par conséquent, que ces dernières étaient moins un

(89) V. GIMBERT, *L'État sanitaire en question. Les administrations publiques à l'épreuve des risques*, Thèse pour le doctorat de Sociologie, ENS Cachan, 2006.

(90) Cour des Comptes, *Rapport sur l'application des lois de financement de la Sécurité sociale*, *op. cit.*

(91) D. BENAMOUZIG et J. BESANÇON, « Les agences, alternatives administratives... », *op. cit.*, p. 11 et plus largement, la contribution de D. BENAMOUZIG « Les agences sanitaires, entre réformes et technocratie », in J. MEIMON (dir.), *Les réorganisations administratives. Bilans et perspectives en France et en Europe*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2009.

«*démembrement de l'administration*» que «*l'instrument de la reconquête d'un domaine particulier*» (92).

Ces éléments dessinent ce que l'on pourrait schématiquement présenter comme un «*retour de l'État*» qui pourrait sans peine s'opérer au nom de la protection collective. L'apparition de certaines crises ou de certains problèmes (sang contaminé, encéphalopathie spongiforme bovine, grippe aviaire, etc.) dans des secteurs jusqu'alors peu réglementés implique une réponse rapide de l'État, qui dans de nombreux cas donne lieu à la création d'agences (Agence française du sang, Agence française de sécurité sanitaire des aliments, etc.).

Au cœur de cette tension s'inscrit la variété des usages de l'expertise. Dans le domaine sanitaire, à travers la création de structures dédiées, c'est «*l'autonomisation de l'expertise [qui] devait accroître les compétences scientifiques, favoriser l'indépendance par rapport aux intérêts économiques et politiques et permettre, dans un contexte d'appel à la démocratie technique, une plus grande participation de la société civile aux choix scientifiques et techniques*». Daniel Benamouzig et Julien Besançon notent cependant que c'est plus souvent à une expertise «*confinée*» car sans contradiction que ces créations auraient conduit (93). Ce paradoxe trouve un prolongement dans l'échange d'arguments exprimés à l'occasion du processus de fusion (ou d'absorption pour certains) entre l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments et l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail, qui devrait donner naissance à l'agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (94). Les articles de presse recensant les prises de position des différentes parties concernées donnaient à voir les tensions dans les modalités de fabrication d'une expertise et d'un savoir spécialisé (95) : entre science, indépendance, ouverture à la société civile ou décision procédurale.

Au-delà des tensions problématiques mises ici en évidence, qui signalent non seulement les multiples réalités auxquelles les constitutions d'agence peuvent renvoyer, mais également le caractère ambivalent de l'agencification, il conviendrait de prolonger et préciser le propos en suivant deux directions. La première consisterait à étudier précisément les modes de diffusion et d'appropriation des discours

(92) *Les Agences : nécessité fonctionnelle ou nouveau démembrement de l'État?*, Paris, La Documentation française, Rapport ENA, 1995.

(93) Voir D. BENAMOUZIG, J. BESANÇON, «*Administrer un monde incertain : les nouvelles bureaucraties techniques. Le cas des agences sanitaires en France*», *Sociologie du travail*, vol. 47, n° 3, 2005.

(94) Cette nouvelle institution devrait être opérationnelle le 1^{er} juillet 2010.

(95) Cf. par exemple *Le Monde*, 20 février 2010.

et des pratiques labellisés NPM afin d'en saisir les logiques et de les confronter avec d'autres, qui renverraient sans doute davantage à la professionnalité et à la constitution d'un capital spécifique des élites dirigeant (ou favorisant la création) des agences (96). La seconde direction devrait se donner pour objet les trajectoires de ces « élites managériales » afin de mettre en évidence notamment les passages en et hors agences et leurs effets.

(96) Pour un exemple de ce type de démarche, voir Didier GEORGAKAKIS, Marine DE LASSALLE, « Genèse et structure d'un capital institutionnel européen. Les très hauts fonctionnaires de la Commission européenne », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 166-167, 2007.

EXISTE-T-IL UN MODÈLE D'AGENCE DE L'UNION EUROPÉENNE ?

PAR

EDOARDO CHITI

PROFESSEUR ASSOCIÉ À LA FACULTÉ DE SCIENCE POLITIQUE,
UNIVERSITÀ DELLA TUSCIA
VITERBO, ITALIE

Le débat institutionnel concernant les agences européennes qui a eu lieu au cours de ces dernières années a évolué d'une manière tout à fait particulière. D'une part, la Commission et les autres institutions politiques de l'Union ont négocié certaines propositions sectorielles importantes, comme par exemple la réforme de la *gouvernance* du secteur de l'énergie, qui ont donné lieu à la naissance de nouvelles agences européennes. D'autre part, la Commission a tenté de trouver un accord avec les autres institutions politiques sur la base d'un modèle général d'agence européenne, fondé sur une appréciation commune des caractéristiques d'une telle figure et de sa position au sein du système européen. Mais cette tentative n'a pas porté, tout du moins pour le moment, les fruits espérés. Une proposition d'accord interinstitutionnel qui avait été faite par la Commission a été bloquée par le Conseil, qui a contesté l'opportunité d'utiliser un tel instrument en vue de définir le rôle et les caractéristiques des agences européennes(97). Et il faudra sans doute attendre bien longtemps avant d'assister à la conclusion d'une seconde initiative de la même institution supranationale, qui a récemment proposé aux autres institutions politiques une procédure visant à vérifier la possibilité d'aboutir à une vision commune des agences européennes, sur la base d'une étude approfondie qui devra être effectuée par la Commission (98).

Cette communication entend contribuer à la réflexion concernant les caractéristiques des agences européennes en affrontant les questions

(97) Il s'agit du projet d'accord interinstitutionnel proposé par la Commission en 2005 (COM (2005) 59), visant à définir les conditions relatives à la création, au fonctionnement et au contrôle des agences européennes.

(98) COM (2008) 135.

suivantes. Existe-t-il un modèle d'agence de l'Union européenne, à savoir une figure qui se caractérise par certains éléments qui représentent, à la fois des aspects communs aux différents organismes européens qui sont habituellement définis, dans le jargon de l'Union, « agences européennes » et des caractéristiques spécifiques qui diffèrent de celles qui sont propres à d'autres administrations de l'Union? S'agit-il d'un modèle qui maintient une certaine stabilité au cours du temps ou qui est sujet à un processus de réflexion et de révision? Et quels sont les problèmes que le modèle soulève?

Il faut préciser dès à présent que l'analyse ne suivra que quelques-uns des nombreux fils dont se compose la trame du processus d'*agencification* au sein du système européen et laissera dans l'ombre les détails et les autres profils de reconstruction.

I. – LE MODÈLE CONSOLIDÉ

Les agences européennes sont souvent considérées, tant dans les réflexions de la science juridique et de la politologie que dans le débat institutionnel, comme une typique manifestation de la tendance qu'ont les institutions politiques de l'Union à procéder selon des solutions *ad hoc*, élaborées au cas par cas et rarement liées à un projet général. La Commission elle-même, du reste, a eu récemment l'occasion de se plaindre de la différenciation excessive entre les diverses agences européennes et a souligné que l'établissement des agences « n'a pas été assorti d'une vision globale de la place qu'elles occupent au sein de l'Union » et qu'« *en raison de cette absence de vision globale, il s'est révélé plus difficile, pour les agences, de travailler efficacement et de produire des résultats pour l'ensemble de l'UE* » (99).

Si l'on examine la question de plus près, toutefois, un tel jugement tend à sous-estimer la tendance desdites institutions politiques de l'Union à bâtir sur l'expérience acquise et à construire, au cours des différentes étapes du processus d'*agencification*, une trame unitaire, commune aux diverses agences européennes. Cette trame unitaire est constituée par un ensemble d'éléments fonctionnels et d'organisation

(99) COM (2008) 135 final, *Agences européennes – Orientations pour l'avenir*, p. 2. Cf. également le projet d'accord interinstitutionnel concernant l'encadrement des agences européennes de régulation, présenté par la Commission en 2005, qui débute par l'observation selon laquelle les agences européennes « *ont été créées par vagues successives pour répondre au cas par cas à des besoins spécifiques. Elles se caractérisent par leur diversité. Le recours en ordre dispersé à ces agences risque, en l'absence de la définition d'un cadre commun, de déboucher sur une situation peu transparente et peu intelligible pour le citoyen, et en tout état de cause préjudiciable à la sécurité juridique* » (COM (2005) 59).

qui représentent, au-delà de certaines spécificités évidentes, à la fois des aspects communs aux différents organismes dénommés agences européennes et d'authentiques caractéristiques spécifiques se distinguant des traits propres à d'autres administrations de l'Union.

a) En premier lieu, sous le profil étroitement lié à l'organisation, les agences européennes se sont progressivement caractérisées, au cours des deux dernières décennies, en tant qu'organismes d'une part auxiliaires vis-à-vis de la Commission et, d'autre part, structurés de manière à réaliser, par le biais des propres organes internes, une pluralité de relations entre les administrations nationales et entre ces dernières et la Commission. Les agences européennes, en effet, ont été configurées comme des organismes voués à mettre en œuvre une pluralité de relations entre la Commission et les administrations nationales, qui se réalisent au sein des organismes se trouvant au sommet de chaque agence (100). Les agences européennes, en outre, sont assujetties à la Commission, qui s'est vu attribuer différents pouvoirs vis-à-vis de chaque agence. Les rapports entre les agences et la Commission ont été concrètement configurés de manière différente au cas par cas, mais ils comprennent toujours des pouvoirs d'une certaine importance, comme par exemple celui d'approuver le programme de travail de l'agence, de nommer un « représentant » de la Commission au sein de sa hiérarchie, de nommer le directeur ou de mettre au point la liste des noms parmi lesquels le directeur sera choisi par le conseil d'administration, d'effectuer un contrôle interne concernant les engagements et les paiements de tous les frais de l'agence.

Le développement de cette organisation peut s'expliquer comme étant le résultat d'un « jeu de forces » qui caractérise et conditionne la construction de l'administration européenne dès le début des années soixante. L'agence européenne vise à combler le *déficit* administratif traditionnel de l'Union par le biais d'instruments qui représentent un compromis acceptable à la fois pour la Commission et pour les États membres : d'une part, cela n'implique aucun renforcement de l'administration centrale de l'Union et sauvegarde, tout du moins en partie, le rôle des administrations nationales, qui sont impliquées dans le fonctionnement des organes de sommet de l'agence ; d'autre part, cela ne met pas directement en discussion la position spécifique de la Commission au sein du système administratif européen, vu les pouvoirs que la Commission peut exercer sur l'agence européenne.

(100) Pour une analyse plus détaillée de cet aspect cf. E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, Cedam, 2002, p. 348 s.

b) Un second élément commun aux diverses agences européennes concerne les pouvoirs qui leur ont été conférés : au cours des deux dernières décennies, la tendance qui s'est nettement affirmée est la tendance à attribuer aux agences européennes des pouvoirs ayant nature instrumentaire, fonctionnels à consentir à d'autres administrations, tant nationales qu'euro-péennes, d'exercer les pouvoirs décisionnels finaux.

L'exemple plus éclatant nous est fourni par les agences européennes qui coordonnent les réseaux préposés à produire des informations de qualité dans certains secteurs, comme la protection de l'environnement, la formation professionnelle, les conditions de vie et de travail, les drogues et les toxicomanies, qui sont par la suite utilisées par les institutions européennes et nationales dans l'exercice de leurs fonctions administratives. Il s'agit d'une famille nombreuse d'agences européennes, qui s'est récemment élargie suite à l'arrivée de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (101).

Dans d'autres cas, les agences européennes exercent une activité de consultation ou d'assistance technique vis-à-vis des institutions européennes et nationales (102). Parmi les divers exemples possibles, l'on peut penser à l'Agence ferroviaire européenne, qui est appelée à contribuer sur le plan technique à la réalisation d'un « *espace ferroviaire européen sans frontières, compétitif et sûr* » de par l'adoption de recommandations et d'avis destinés à la Commission. Un second exemple est offert par l'Agence connue sous le nom de Frontex, qui est responsable de la « *gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne* » : les pouvoirs finaux, qui sont constitués par exemple par la possibilité d'exercer des contrôles, de mener des enquêtes et d'influer sur la liberté

(101) Les agences qui exercent une activité de production d'informations sont : le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (1975), la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (1975), l'Agence européenne pour l'environnement (1990), la Fondation européenne pour la formation (1990), l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (1993), l'Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (1994), l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (2007), qui remplace le précédent Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes.

(102) Ces agences sont : l'Agence européenne des médicaments (1993), le Centre de traduction des organes de l'Union européenne (1994), l'Agence européenne pour la reconstruction (1999), l'Autorité européenne de sécurité des aliments (2002), l'Agence européenne pour la sécurité maritime (2002), l'Agence européenne pour la sécurité aérienne (2002), l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (2004), le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (2004), l'Agence ferroviaire européenne (2004), l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres de l'Union européenne (2004), l'Autorité européenne de surveillance GNSS (2004), l'Agence communautaire de contrôle des pêches (2005), l'Agence européenne des produits chimiques (2006).

personnelle des individus, restent donc de l'essor des administrations nationales ; l'administration européenne, en revanche, s'est vu attribuer des tâches instrumentaires, de « gestion de la coopération opérationnelle », qui se traduisent en activité d'études, d'assistance, de support, de formation, de propositions d'initiatives communes et de projets pilote.

En revanche, moins nombreux sont les cas d'agences européennes douées de pouvoirs proprement finaux : c'est le cas, par exemple, de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur, qui prend des décisions, entre autres choses, au sujet des demandes d'enregistrement d'une marque communautaire ; et de l'Office communautaire des variétés végétales, qui adopte des décisions concernant les demandes de protection communautaire des variétés végétales.

Les raisons de la tendance à attribuer aux agences européennes des pouvoirs ayant nature instrumentaire sont bien claires. Elle reflète les limites juridiques qui sont habituellement prescrites pour la modification de l'organisation européenne, à partir de la « doctrine Meroni » (103). En outre et surtout, l'équilibre qui s'est consolidé entre temps représente la solution ou le compromis politiquement préférable pour la Commission et pour les gouvernements nationaux, en ceci qu'il implique un « renforcement léger et sous contrôle » de l'administration européenne, qui puisse garantir une action administrative commune sans pour autant que cela nuise excessivement aux prérogatives de la Commission et des autorités nationales (104).

Le cadre d'ensemble, toutefois, est plus nuancé que ce que l'on pourrait croire à première vue.

En premier lieu, les fonctions instrumentaires, allant de la production d'informations de qualité à l'assistance technique, ne sont pas moins importantes que les fonctions finales. A vrai dire, il s'agit probablement du contraire. Le fait de conférer aux agences européennes des pouvoirs simplement instrumentaires, donc, n'implique pas que ces administrations soient moins importantes que d'autres administra-

(103) Pour une critique de la « doctrine Meroni », cf. E. CHITI, *Beyond Meroni: the Community legitimacy of the provisions establishing the European agencies*, dans *Regulatory agencies in Europe*, sous la direction de G. DELLA CANANEA, Paris, Ed. Rive Droite – Collection Isupe, 2005, p. 75 s. ; cf. également P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 160 s.

(104) Parmi les autorités plus récentes, le cas de l'Autorité pour la sécurité aérienne est exemplaire ; pour une reconstruction des événements qui ont conduit à sa création, cf. A. SCHOUT, *Inspecting Aviation Safety in the EU: EASA as an Administrative Innovation?*, dans *European Risk Governance. Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness*, sous la direction de E. Vos, Connex Report Series, n° 6, 2008, p. 257 s.

tions européennes et que les administrations nationales titulaires de pouvoirs finaux.

Sous certaines conditions, en outre, l'activité instrumentaire peut devenir une activité finale. C'est le cas de l'activité d'information quand elle est utilisée en fonction de régulation, c'est-à-dire d'orientation de la conduite des individus : on peut penser, par exemple, à la publication d'une liste indiquant les compagnies aériennes peu fiables.

En outre, les pouvoirs instrumentaires et finaux sont toujours plus étroitement liés, ce qui rend la distinction incertaine. On peut penser à l'activité de l'Agence européenne pour les médicaments, qui est formellement appelée à adopter des avis non obligatoires vis-à-vis de la Commission mais qui fondamentalement a acquis sur le terrain un pouvoir de décision *de facto* (105).

c) Il existe un troisième élément commun aux diverses agences européennes : elles font partie de réseaux administratifs sectoriels, formés par des administrations nationales, mixtes et européennes. Il s'agit là d'un aspect important puisqu'il montre que la fonction administrative n'est pas confiée entièrement et de manière exclusive aux agences européennes, mais à une pluralité d'administrations, nationales, mixtes et européennes, intégrées au sein d'un réseau sectoriel et coordonnées par les diverses agences européennes.

L'intégration de chaque élément au sein d'un réseau à proprement parler, par ailleurs, se réalise par le biais de spécificités techniques d'intégration administrative. Au cours du temps, en particulier, deux techniques principales se sont consolidées, fondamentalement alternatives, d'intégration entre les diverses administrations, nationales, européennes et mixtes, qui constituent les différents réseaux administratifs sectoriels.

Une première technique, plus traditionnelle, sous-entend une procéduralisation de la fonction. Cette technique est adoptée, par exemple, dans le cas des agences européennes des produits pharmaceutiques, du marché communautaire et des variétés végétales. Le législateur européen intervient en adoptant *ex novo* une réglementation procédurale européenne complète et détaillée, fonctionnelle, d'une part, à l'articulation de la fonction entre une pluralité d'offices différents (les offices nationaux, européens et mixtes) et, d'autre part, à l'attribution d'un rôle prédominant, au sein des diverses procédures, à l'agence européenne, et

(105) À tel sujet, cf. E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, op. cit., pp. 239-240.

d'autre part encore, à l'interconnexion des offices nationaux, européens et mixtes dans un contexte procédural exclusivement européen (106).

La seconde technique d'intégration administrative se différencie de la première en ceci que la nature unitaire du réseau ne se réalise pas sur le plan des procédures administratives, mais à travers l'exercice de pouvoirs spécifiques de coordination et de programmation qui sont attribués à l'agence européenne et que cette dernière exerce par le biais d'actes juridiquement non obligatoires, voués pour l'essentiel à la stabilisation non coercitive des expectatives de comportement des divers appareils compétents (107).

Loin d'être neutres vis-à-vis des administrations nationales, les techniques d'intégration administrative produisent sur ces dernières diverses conséquences. Par exemple, elles déclenchent des processus d'adéquation graduelle des administrations nationales aux exigences des réseaux coordonnés par les agences européennes. Les administrations nationales, en outre, sont appelées d'une part à collaborer et, d'autre part, à concurrencer les administrations des autres pays ainsi que les autorités européennes qui composent les systèmes communs européens. En effet, si le premier profil, à savoir celui du dialogue et de la collaboration, est nettement prédominant dans les réseaux coordonnés par les agences européennes, dans certains cas l'élément de l'intégration des offices (nationaux, européens et mixtes) compétents au sein d'une administration transnationale unitaire au niveau fonctionnel se combine avec celui de la concurrence entre les différents pouvoirs publics. Cela se réalise, par exemple, au sein de la procédure décentralisée d'autorisation des produits pharmaceutiques, actuellement réglementée par les directives 2001/82 et 2001/83, énonçant un code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires et à usage humain, qui, sous certaines conditions, consent au sujet soumis au contrôle de choisir le régulateur national considéré plus favorable en fonction de ses propres intérêts.

d) Un quatrième et dernier élément commun aux diverses agences européennes consiste en ceci qu'elles sont assujetties à une pluralité de mécanismes de contrôle.

Il existe, tout d'abord, un contrôle qui pourrait être défini comme étant interinstitutionnel : si, dans les systèmes nationaux, le fondement

(106) E. CHITI, *I procedimenti in cui intervengono le agenzie europee*, dans *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, sous la direction de F. BIGNAMI et S. CASSESE, Quaderni della Rivista trimestrale di diritto pubblico, n° 1, 2004, p. 335 s.

(107) Pour une analyse plus détaillée, E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, op. cit., p. 278 s.

de l'administration publique se trouve en un centre unitaire représenté par le gouvernement, en revanche au sein du système européen il dépend d'un pouvoir exécutif composé, réparti entre la Commission, le Conseil et les États membres, qui peuvent exercer certaines prérogatives vis-à-vis des agences européennes. Un second outil de vérification est assuré par le contrôle que les juges européens exercent sur l'activité de certaines agences européennes. A cela s'ajoutent les principes de la *rule of law*, qui comprennent tant les garanties procédurales d'intervention des intéressés, publics et privés, au sein des procédures instaurées vis-à-vis des agences européennes, que l'ensemble des obligations procédurales auxquelles les agences sont assujetties. Il existe, en dernier lieu, un contrôle institutionnel interne au réseau sectoriel européen coordonné par l'agence européenne, que chaque composante du réseau effectue vis-à-vis des autres.

Au lieu de se combiner au sein d'un cadre cohérent et unitaire, toutefois, ces instruments donnent lieu à un « champ gravitationnel », qui s'applique de manière inégale aux différents types d'agences européennes.

Ces instruments de contrôle, en premier lieu, connaissent un grand développement parmi les agences européennes douées de pouvoirs proprement finaux, comme l'Office d'harmonisation dans le marché interne, l'Office communautaire des variétés végétales et l'Agence européenne pour les substances chimiques, qui se prononce sur les demandes d'enregistrement des produits chimiques.

Ce genre d'agence jouit d'un degré d'autonomie assez important vis-à-vis de la Commission et des autres institutions politiques. En outre, le contrôle intra-institutionnel effectué de manière réciproque par les diverses composantes de l'administration européenne pour la marque communautaire est plutôt limité, étant donné que la réglementation de secteur tend à délimiter d'une manière plutôt rigide la sphère d'action de chaque autorité compétente. Toutefois, l'autonomie de telles agences européennes n'implique pas l'absence d'obligations vis-à-vis des institutions politiques: les règlements statutaires, par exemple, imposent à l'agence européenne de transmettre un rapport annuel au Parlement européen, au Conseil et à la Commission; et il existe parfois des obligations spécifiques, comme celle du directeur de l'Agence européenne pour la sécurité aérienne de faire rapport au Parlement européen et au Conseil, sur demande de l'une de ces institutions, concernant le déroulement des propres tâches. L'activité de ce genre d'agence européenne, en outre, est assujettie à un système articulé et complexe de protection juridictionnelle, dont l'importance est témoignée par les nombreuses

controverses soumises aux juges européens. A cela s'ajoute le fait que les principes de la *rule of law* sont particulièrement complexes.

Les instruments de contrôle sont en revanche moins développés eu égard aux agences européennes qui exercent une activité de consultation ou d'assistance technique vis-à-vis des institutions européennes et nationales.

Ces agences, comme cela a été souligné précédemment, sont assujetties à divers pouvoirs de la Commission. Mais il n'est pas clair si l'institution supranationale recourt effectivement à ses propres pouvoirs. Par exemple, la Commission est souvent appelée à approuver le programme de travail annuel et pluriannuel de l'agence, mais l'approbation ressemble assez souvent à un exercice purement formel. Les agences européennes qui exercent une activité de consultation ou d'assistance technique, en outre, sont assujetties à un contrôle plutôt limité par les institutions politiques différentes de la Commission, ainsi que par des organismes administratifs qui composent le réseau sectoriel européen. Leur activité, en outre, ne peut pas toujours être soumise à l'examen des juges européens, même si le silence de certains règlements statutaires n'empêcherait pas à un sujet intéressé d'agir en invoquant le principe établi par la Cour de Justice dans son jugement bien connu *Les Verts*. La *rule of law* elle-même apparaît assez rudimentaire eu égard au faible degré de procéduralisation de l'activité de ce genre d'agence européenne.

Les instruments de contrôle ont tendance à devenir encore plus évanescents vis-à-vis d'un troisième type d'agences européennes, à savoir celles qui coordonnent les systèmes communs préposés à la production d'informations de qualité qui seront utilisées par les institutions européennes et nationales dans l'exercice de leurs fonctions administratives. Le législateur européen considère qu'il est inutile d'exercer un contrôle juridictionnel vis-à-vis de ladite fonction, qui est limitée à la production d'information ; de même, il estime que les garanties procédurales visant à protéger les intéressés et à leur garantir une instruction exhaustive sont dans ce cas superflues.

Les caractéristiques brièvement rappelées ci-dessus consentent de tracer une distinction plutôt nette entre le modèle des agences européennes qui s'est consolidé au cours des deux dernières décennies et les diverses figures d'organisation contiguës.

C'est le cas, en premier lieu, des agences exécutives et des organismes transnationaux créés dans le contexte du second et du troisième pilier de l'Union européenne.

Les agences exécutives, comme on le sait, représentent l'une des formes possible d'externalisation des tâches de gestion, visant à

garantir une action administrative de l'Union plus efficace, dans le respect, en tous les cas, du rôle prédominant que la Commission revêt dans le contexte du modèle de l'exécution directe de certaines politiques de l'Union. La position prédominante de la Commission se reflète sans ambiguïté dans plusieurs facteurs, allant de la décision concernant la création d'une agence exécutive à la désignation de cinq membres du comité de direction de l'agence ainsi que de son directeur (108).

Les organismes transnationaux créés dans le contexte du second et du troisième pilier, en revanche, se caractérisent essentiellement comme étant des projections des États membres et des instances de coopération *bottom-up*. Les exemples principaux sont ceux d'Europol, d'Eurojust et de l'Académie européenne de police (Cepol), organismes européens doués de personnalité morale et configurés comme des mécanismes d'association des organismes nationaux, dont la coopération, bien qu'elle soit structurée et orientée, conserve un fondement essentiellement volontaire. En outre, la coopération administrative concerne exclusivement les administrations nationales, tandis que la Commission s'est vu attribuer une position tout à fait marginale (109).

(108) La création d'agences exécutives est prévue par le règlement financier actuellement en vigueur, indiqué ci-dessus, et réglementée par le règlement n° 58/2003. Parmi les nombreux exemples que l'on peut rappeler: l'Agence exécutive de l'éducation, l'audiovisuel et la culture, responsable depuis janvier 2006 de l'exécution de nombreux programmes financés par la Communauté européenne dans le secteur de l'instruction et de la formation, de la citoyenneté active, de la jeunesse, des moyens audiovisuels et de la culture et destinée à conclure ses activités au mois de décembre 2008; l'Agence exécutive pour le programme de santé publique, responsable jusqu'en 2010 de la gestion du programme pluriannuel de santé publique de la Commission européenne en faveur des actions en mesure d'améliorer et protéger la santé humaine dans l'Union européenne; et l'Agence exécutive pour la recherche, créée au mois de décembre 2007 avec la tâche de gérer divers projets dans le contexte de l'actuel programme cadre européen pour la recherche. Au mois de mars 2008, la Commission a affirmé que «selon la récente évaluation des besoins en personnel réalisée par la Commission, il n'y a pas de candidat sérieux à la création d'une nouvelle agence exécutive. Si de nouveaux besoins apparaissent, la Commission envisagera dans un premier temps la possibilité d'étendre les tâches d'une agence exécutive existante pour couvrir un nouveau programme. Il est peu probable, dans les circonstances actuelles, que de nouvelles agences exécutives doivent être créées pendant la période couverte par l'actuel cadre financier d'ici à 2013»: lire la communication COM (2008) 135 final, *Agences européennes – Orientations pour l'avenir*. Pour un résumé, cf. E. CHITI, *Les agences et l'administration directe dans l'Union européenne*, dans *Droit Administratif Européen*, dirigé par J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 99 s.

(109) Pour une analyse plus approfondie de ces exemples, cf. E. CHITI et B.G. MATTARELLA, *La sicurezza europea*, dans *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, p. 305 s., p. 319 s. Une correction partielle de ce système a été apportée eu égard à Europol. Le Conseil de l'Union européenne, en effet, a adopté une décision prévoyant une réforme significative d'Europol (décision du Conseil 2009/371/GAL). Une telle réforme envisage diverses nouveautés par rapport au système actuel, y compris, en ce qui concerne la présente analyse, le renforcement, tout du moins partiel, de la position de la Commission. Par exemple, la décision établit que le conseil d'administration doit se composer non seulement d'un représentant pour chaque État membre, mais également d'un représentant de la Commission, qui, au même titre que les autres membres, dispose du droit de vote.

L'aspect le plus intéressant, toutefois, est celui qui a trait à la distinction entre les agences européennes et le modèle des autorités indépendantes.

Lorsque le processus de création de nombreuses agences européennes s'est mis en marche, au début des années quatre-vingt-dix, il a été accompagné par une forte expectative de la part de la science juridique et de la science politique. Dans une perspective essentiellement réglementaire, fondée sur la représentation de l'Union en termes d'un « Etat régulateur », on pensait que le moment était venu, pour le système européen, de se munir d'autorités indépendantes. Et le débat institutionnel concernant la possibilité de créer une grande variété de nouveaux organismes, dénommés agences européennes, semblait représenter, aux yeux des observateurs, tout du moins un premier pas dans cette direction (110).

La réalité, toutefois, s'est tout de suite révélée bien différente. D'une part, les agences européennes se sont vu conférer des tâches et des pouvoirs bien lointains de ceux qui sont typiquement attribués aux autorités indépendantes. D'autre part, les agences européennes ont été placées en position institutionnelle auxiliaire, et non pas indépendante, vis-à-vis de la Commission et des gouvernements nationaux. Cela est vrai également pour toutes ces agences européennes, parmi lesquelles figurent le Centre européen pour la prévention et le contrôle des maladies et l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (111), dont on affirme l'indépendance dans les règlements statutaires. Il s'agit, en effet, d'une indépendance exclusivement scientifique, qui assujettit l'activité technique des agences aux seules raisons de la science. Quant au rapport entre ces agences européennes et les institutions politiques, la Commission peut influencer le fonctionnement des agences soit directement (par exemple, en intervenant au cours de la procédure d'adoption de leur programme de travail), soit indirectement (par exemple, par le biais de ses représentants au sein du conseil d'administration); et il n'est pas exclu que l'activité technico-scientifique exercée par les agences européennes soit par la suite mise au service de la majorité politique. Quant au rapport avec les individus, l'organisation interne des agences européennes expressément quali-

(110) Cf., par exemple, G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, 1996.

(111) Cf., respectivement, le treizième et le quatorzième alinéa du préambule du règlement 851/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 conformément auquel a été créé un Centre Européen pour la prévention et le contrôle des maladies, dans *JOUE* L 2004, 142, ainsi que le onzième alinéa du préambule du règlement n° 460/2004 du Parlement européen du Conseil, du 10 mars 2004, qui crée l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, dans *J JOUE* L 2004, 77.

fiée comme indépendante attribue souvent la parole aux opérateurs du marché interne. Loin de vouloir tracer une nette distinction entre régulateurs et sujets contrôlés, les règlements statutaires prévoient dans différents cas des organismes composés par des représentants privés (112).

II. – LA COMPLICATION DU MODÈLE TRADITIONNEL : LE DÉVELOPPEMENT D'AGENCES EUROPÉENNES INDÉPENDANTES

La figure d'agence européenne qui s'est consolidée au cours des vingt dernières années, par ailleurs, semble avoir été mise en discussion à la suite de certains récents développements. Le principal d'entre eux est constitué par l'orientation adoptée par les institutions politiques de l'Union européenne, qui ont évalué la possibilité de créer, dans certains secteurs spécifiques, des agences qui présentent, au-delà de certains profils de continuité vis-à-vis du modèle qui s'est consolidé au cours des deux dernières décennies, également des différences significatives, dont la plus importante est représentée par l'indépendance vis-à-vis des mêmes institutions politiques, y compris de la Commission.

Un premier exemple nous est fourni par la réforme de la *gouvernance* administrative de l'énergie (113).

(112) On peut penser, par exemple, à l'Agence européenne pour la sécurité aérienne, qui est assistée par un Comité de consultation concernant les *standards* de sécurité composé par des représentants des organisations directement intéressées par le régime sectoriel.

(113) Le processus de réforme débute à la suite de la présentation de la part de la Commission, fin 2007, d'un ensemble articulé de propositions législatives, qui ont déclenché un processus de réforme du cadre régulateur des secteurs de l'énergie électrique et du gaz et des communications électroniques (cf. pour le premier secteur, COM (2007) 528, COM (2007) 529, COM (2007) 530, COM (2007) 531 et COM (2007) 532 et, pour le second secteur, COM (2007) 697, COM (2007) 698 et COM (2007) 699). Il s'agissait de propositions vouées à réaliser un marché plus efficace des services dans deux secteurs considérés à raison fondamentaux au sein de l'espace socio-économique européen, dans la conviction que le processus de libéralisation entrepris une décennie plus tôt n'avait pas donné lieu à un marché européen réellement concurrentiel. Quant à l'équilibre des pouvoirs publics appelés à gouverner les deux secteurs, les réformes proposées prévoyaient, entre autre, la création d'une Agence pour la coopération des régulateurs de l'énergie et d'une Autorité européenne pour le marché des communications électroniques (cf., respectivement, la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil qui crée une Agence de coopération des régulateurs de l'énergie, COM (2007) 530, et la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil qui crée une Autorité européenne du marché des communications électroniques, COM (2007) 699). Entre 2008 et 2009, les deux propositions ont été débattues tout au long des différentes phases de la procédure de codécision, et ce jusqu'à ses passages finaux. Leur développement s'est toutefois révélé profondément différent. La proposition de créer une Autorité européenne du marché des communications électroniques a subi d'importantes modifications, vu que le Conseil et le Parlement européen ont exclu la possibilité de créer un organisme doué de personnalité morale et ont opté pour une structure différente, fondée sur deux offices: d'un côté, un Organe des régulateurs européens des communications électroniques (BEREC), qui consiste en un comité composé par des représentants des régula-

La nouvelle architecture administrative de ce secteur se trouve au sein d'une trame complexe, à la fois continue et discontinue vis-à-vis de l'expérience des agences européennes, qui s'est affirmée au cours du temps.

En particulier, l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie ne se différencie pas des agences existantes sous le profil des attributions et des tâches. Elle acquiert des pouvoirs beaucoup plus incisifs que ceux qui ont été conférés au préexistant Groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (ERGEG), comme le démontre le renforcement du rôle consultatif vis-à-vis de la Commission, des régulateurs nationaux et des sujets privés ainsi que l'acquisition du pouvoir d'adopter des décisions individuelles eu égard à différentes questions techniques. Les pouvoirs qui lui sont attribués, toutefois, sont délimités par les frontières qui ont été tracées par la traditionnelle et restrictive interprétation du « principe Meroni », aux termes duquel aucune tâche impliquant l'exercice de pouvoirs discrétionnaires ne peut être conférée aux organismes qui ne sont pas prévus par les traités (114). Ainsi, l'Agence exerce une activité préparatoire et consultative et peut adopter des décisions obligatoires seulement concernant certaines questions techniques spécifiques expressément prévues par la législation européenne afférente, tandis que la Commission reste l'organisme compétent à adopter des mesures qui impliquent l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.

La différence principale par rapport au modèle consolidé d'agence européenne concerne les caractéristiques de l'organisation de la nouvelle Agence. Contrairement à ce qu'il advient dans la majeure partie des agences européennes, en premier lieu, le conseil d'administration n'est pas composé par des membres nommés par chacun des gouvernements nationaux et par un membre désigné par la Commission,

teurs nationaux ; d'un autre côté, un organisme dénommé, sans grande fantaisie, l'Office, articulé en un comité de gestion et en un directeur administratif (cf. la position du Parlement européen dans seconde lecture, A6/2009/271 ; et COM (2009) 422). L'organisation administrative proposée par la Commission pour gouverner le secteur de l'énergie électrique et du gaz, en revanche, a été acceptée par le Conseil et par le Parlement européen, qui par ailleurs ont développé et approfondi de nombreux aspects. Le résultat du processus décisionnel est représenté par le règlement n° 713/2009 du Parlement européen et du Conseil, dans *JOUE* L 2009, 211.

(114) *Meroni c. Haute autorité*, aff. 9/56 ; et *Meroni c. Haute autorité*, aff. 10/56. Parmi les nombreuses études qui analysent le processus d'*agencification* dans le système européen en fonction du principe Meroni, cf., par exemple, K. LENAERTS, *Regulating the Regulatory Process: « Delegation of Powers » in the European Community*, dans *European Law Review*, 1993, 23 s. ; X.A. YATAGANAS, *Delegation of Regulatory Authority in the European Union – The relevance of the American Model of Independent Agencies*, Harvard Jean Monnet Working Papers, No. 3/2001 ; et G. DE BURCA, *The Institutional Development of the EU: a Constitutional Analysis*, dans *The Evolution of EU Law*, sous la direction de P. CRAIG et G. DE BURCA, Oxford, 1998, p. 55 s., p. 77.

mais par des membres qui sont désignés en partie par la Commission, en partie par le Parlement européen et en partie par le Conseil (115). En outre, un comité de régulateurs a été prévu en vue de faciliter et de structurer la coopération entre les autorités nationales (116). Mais surtout, tandis que les agences européennes actuelles sont assujetties à diverses prérogatives de la Commission, la nouvelle Agence pour la coopération entre les régulateurs nationaux de l'énergie est appelée à exercer ses fonctions de manière indépendante vis-à-vis des producteurs, des consommateurs et des institutions politiques européennes, y compris de la Commission elle-même (117).

En étroite liaison avec l'indépendance de l'Agence européenne, en outre, la nouvelle *gouvernance* de l'énergie a renforcé la position des autorités nationales de régulation. Le règlement attribue à ces dernières des pouvoirs de régulation plus incisifs et il en renforce l'indépendance, en prévoyant que les régulateurs nationaux soient juridiquement séparés et fonctionnellement indépendants vis-à-vis de n'importe quel autre sujet public ou privé et que leur personnel, ainsi que tout membre de son appareil décisionnel, agisse indépendamment de tout intérêt inhérent au marché. Cela dans la conviction que la pleine et effective indépendance du régulateur, tant vis-à-vis des sujets soumis à régulation que vis-à-vis de la majorité politique, est une condition essentielle en vue du bon fonctionnement du marché, conformément à la perspective qui fonde habituellement le processus de création d'autorités indépendantes dans de nombreux pays européens.

Les institutions politiques de l'Union, en définitive, ont mis au point, dans un secteur spécifique et en réponse aux exigences particulières de ce dernier, un système administratif fondé sur une Agence qui, d'une part, reproduit certains traits caractéristiques des agences euro-

(115) Art. 12/1 du règlement n° 713/2009, *op. cit.*

(116) *Ibidem*, art. 14.

(117) La proposition présentée par la Commission, en effet, partait du principe selon lequel l'agence « doit disposer des pouvoirs nécessaires pour exercer les fonctions de réglementation de manière efficace et surtout indépendante », puisque l'indépendance représente une condition fondamentale en vue d'assurer la confiance du marché : cf. COM (2007) 530. En développant le principe qui précède, la version définitive du règlement constitutif établit que les membres du conseil d'administration, qui de manière opportune ne sont pas qualifiés comme « représentants » des institutions qui les ont désignés, s'engagent « à agir objectivement au service de l'intérêt public et dans un esprit d'indépendance, sans solliciter ni suivre aucune instruction politique » (art. 12/1 et 7 du règlement n° 713/2009, *op. cit.*). De manière analogue, les membres du comité des régulateurs agissent au nom de leur autorité nationale de régulation respective, mais en toute indépendance et sans solliciter ou suivre aucune instruction d'aucun gouvernement d'un État membre, de la Commission ni d'aucune autre entité publique ou privée (art. 14/5). Et le directeur ne peut solliciter ni accepter, dans l'exercice de ses fonctions, aucune instruction de la part d'aucun gouvernement, ni de la part de la Commission ni de la part d'aucun autre sujet public ou privé (art. 16).

péennes et, d'autre part, s'en éloigne sous un profil important, à savoir celui de la pleine indépendance vis-à-vis des institutions politiques ainsi que des particuliers.

Il s'agit d'un développement qui n'est pas isolé, comme le démontre le débat concernant la réforme de la vigilance financière au sein du système européen (118).

L'architecture administrative approuvée par le Conseil européen au terme du processus déclenché par le rapport du groupe de Larosière se base sur la distinction entre surveillance micro-prudentielle et surveillance macro-prudentielle.

L'activité de surveillance micro-prudentielle devrait être exercée par un Système européen de surveillance financière (SESF), qui se configure comme un système administratif européen commun, indépendant vis-à-vis des institutions politiques et composé des autorités nationales de surveillance financière, de certains groupes collégiaux d'autorités de surveillance et de trois nouvelles autorités européennes de surveillance, douées de personnalité morale: une Autorité bancaire européenne (ABE), une Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) et une Autorité européenne des marchés financiers (AEMF), qui prennent la place, respectivement, du Comité européen des contrôleurs bancaires (CECB), du Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (CECAP)

(118) Une telle discussion, comme on le sait, a été déclenchée au mois de février 2009 par le rapport final du groupe DE LAROSIÈRE, une commission d'experts créée au mois de novembre 2008 par la Commission et chargée de préparer un dossier sur la possibilité de renforcer les dispositions européennes en matière de vigilance, afin de garantir une meilleure protection des citoyens et de retrouver la confiance envers le système financier. Le rapport a présenté un cadre de propositions sur le futur de la régulation et de la surveillance financière, fondé, en ce qui concerne l'architecture institutionnelle, sur le renforcement de la coopération et de la coordination entre les autorités nationales de vigilance, par le biais également de la création de nouvelles autorités de surveillance européennes (cf. le *Report* présenté par l'*High-Level Group on Financial Supervision in the EU*, 25 février 2009, et disponible sur le site http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf). Par le biais d'une communication successive, la Commission a transposé l'ensemble du projet présenté par le rapport, en développant certains aspects et en invitant le Conseil européen à approuver le nouveau cadre de la surveillance financière européenne (COM (2009) 252). Le 9 juin 2009, le Conseil de l'économie et des finances s'est déclaré d'accord avec la structure et les objectifs définis dans la communication de la Commission, en proposant à son tour certaines modifications (cf. le document du Conseil de l'Union européenne 10737/09, Presse 168). Le Conseil européen de Bruxelles de la mi-juin, ensuite, a fondamentalement approuvé le cadre réglementaire proposé par la Commission et a invité les institutions politiques à présenter rapidement les propositions législatives afférentes, de manière à ce que la nouvelle réglementation puisse être adoptée avant la fin 2010 (cf. les conclusions de la présidence du Conseil européen de Bruxelles, 18-19 juin 2009, § 19 sq.). Les propositions de la Commission ont été présentées le 23 septembre 2009 (cf. COM (2009) 409-503). Pour un encadrement de la matière, cf. F. RECINE et P.G. TEIXEIRA, *The new financial stability architecture in the EU*, Institute for Law and Finance, Working Paper Series No. 110, 12/2009, disponible sur le site http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_110.pdf.

et du Comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières (CERVM). Conformément au projet de la Commission, chacune des autorités devrait posséder une organisation articulée en un conseil d'administration, un conseil des autorités de surveillance et un président. Le premier devrait être composé du président de l'Autorité européenne, d'un représentant de la Commission et de quatre membres élus par le conseil des autorités de surveillance parmi ses membres. Le conseil des autorités nationales de surveillance devrait se composer du directeur de l'autorité nationale de surveillance concernée de chaque État membre et devrait être présidé par le président de l'autorité européenne de surveillance, alors qu'un représentant de la Commission participerait aux réunions du conseil des autorités de surveillance en qualité d'observateur. Les présidents et les directeurs exécutifs des autorités européennes, en revanche, devraient être des « *professionnels indépendants* », choisis par le conseil des autorités de surveillance sur la base de leurs qualifications, de leurs compétences, de leur connaissance des établissements et des marchés financiers ainsi que de leur expérience en matière de surveillance et de réglementation financière, dans le cadre d'une procédure de sélection ouverte. En étroite liaison avec les autorités nationales, les trois autorités européennes seraient responsables de l'élaboration des conditions techniques standard obligatoires et de l'orientation interprétative, du contrôle sur l'application uniforme du droit de l'Union, de la résolution d'éventuelles divergences entre les régulateurs nationaux.

L'activité de surveillance macro-prudentielle, en revanche, devrait être confiée à un nouvel organisme, le Comité européen du risque systémique (CERS). Ce dernier devrait se configurer comme un organisme sans personnalité morale et composé des gouverneurs des banques centrales des États membres, du président de la Banque centrale européenne (BCE), des trois présidents des autorités européennes de surveillance et d'un représentant de la Commission. Le Comité européen du risque systémique serait appelé à évaluer les risques potentiels pour la stabilité financière liés au développement macro-économique et au système financier dans son ensemble. Il n'aurait pas de pouvoirs obligatoires, mais il devrait donner l'alerte à l'avance concernant les risques systémiques qui pourraient s'accroître et, si nécessaire, recommander l'adoption de mesures visant à faire face à de tels risques.

Les nombreuses lacunes de ce projet invitent à la prudence. Il est vrai, en effet, que les longues négociations entre les institutions européennes ont fini par traduire le système général qui avait été suggéré par le rapport de Larosière en une architecture nettement plus articulée

et ponctuelle. Le projet, toutefois, maintient un caractère impressionniste sous de nombreux aspects et requiert donc un approfondissement des détails concernant différents profils. Il est probable, en outre, que les projets de loi de la Commission subissent de nombreuses modifications, surtout en ce qui concerne le degré effectif d'indépendance des trois nouvelles autorités vis-à-vis des institutions politiques de l'Union.

Toutefois, le débat concernant la nouvelle *gouvernance* de la surveillance financière démontre que les institutions politiques de l'Union européenne prennent en considération la possibilité de créer, au sein du système de la surveillance micro-prudentielle, des agences européennes indépendantes tant vis-à-vis des sujets privés que des institutions politiques, y compris vis-à-vis de la Commission. Bien que cela ne se soit pas encore traduit en une loi définitive, l'orientation qui émerge de la négociation qui a eu lieu va dans la direction de la création d'organismes européens indépendants vis-à-vis des particuliers ainsi que des institutions politiques.

Par ailleurs, les reconstructions minimalistes des développements à peine évoqués ne manqueront pas. La nouvelle *gouvernance* du secteur de l'énergie et le débat concernant l'organisation du système de la surveillance financière, en effet, pourraient être interprétés comme une tentative de mettre en œuvre toute une série de simples corrections et d'ajustements eu égard au modèle des agences européennes qui s'est consolidé au cours des deux dernières décennies. Comme c'est déjà le cas pour les agences européennes existantes, tant l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie que les trois autorités européennes de surveillance se configurent comme des mécanismes de coopération administrative et sont appelées à exercer des pouvoirs non discrétionnaires. Les différences par rapport au modèle consolidé des agences européennes concerneraient fondamentalement les attributions qui leur ont été conférées, plus incisives que celles qui sont habituellement attribuées aux agences, et leur position institutionnelle, fondée sur une autonomie plus accentuée, contrebalancée, du reste, par le renforcement simultané du rôle des régulateurs nationaux et de la confirmation de l'implication de la Commission dans l'exercice de la fonction de régulation, particulièrement claire dans le secteur de l'énergie.

Une telle interprétation, toutefois, devrait se considérer réductive : les réformes qui ont été réalisées vont bien au-delà de la simple correction et de l'ajustement du modèle des agences européennes, donnant lieu à un équilibre original qui si distingue du modèle consolidé sous différents profils.

Les particularités du nouveau système sont au moins trois. En premier lieu, les agences européennes dans les secteurs de l'énergie et

de la surveillance financière expriment, au niveau européen, le point de vue et la voix des régulateurs indépendants nationaux et sont indépendants vis-à-vis de la Commission et des autres institutions politiques de l'Union européenne. En second lieu, et en étroite connexion avec l'indépendance de l'agence européenne, les pouvoirs et la position des régulateurs indépendants nationaux sont renforcés quant à l'application du droit européen sectoriel. En troisième lieu, la Commission participe, avec des pouvoirs significatifs, à l'exercice de la fonction de régulation. Cela est vrai, en particulier, dans le secteur de l'énergie, dans lequel l'Agence exerce des tâches qui requièrent une haute spécialisation technique et la collaboration des experts des régulateurs indépendants nationaux, tandis que la Commission s'est vu conférer les attributions retenues nécessaires en vue de protéger l'intérêt général de l'Union.

Ainsi, sur le même plan du modèle consolidé des agences européennes, les nouveaux organismes des secteurs de l'énergie et de la surveillance financière sont des instruments de coopération administrative. Contrairement au modèle que l'on connaît, toutefois, les administrations nationales impliquées dans le dialogue de coopération qui a lieu dans le contexte de l'agence sont des administrations indépendantes vis-à-vis des sujets privés ainsi que du pouvoir politique. La position desdites agences européennes, en outre, ne se borne pas à l'autonomie, par ailleurs limitée, typique du modèle consolidé, mais elle acquiert des formes d'indépendance à proprement parler, qui reflètent celle qui est requise à leurs homologues nationaux. Les pouvoirs conférés à la Commission, particulièrement clairs dans le secteur de l'énergie, en outre, donnent lieu à un projet fondé sur un évident dualisme régulateur au niveau européen, là où opèrent deux sujets différents : un régulateur strictement supranational, à savoir la Commission, qui ne « représente » pas les administrations nationales mais exprime le point de vue, au sens propre du terme, de l'Union ; et un régulateur européen composé qui exprime la voix des régulateurs des divers États membres.

Prendre note des spécificités de ces nouveaux organismes par rapport à la pratique traditionnelle des agences européennes et, en particulier, au passage d'une autonomie limitée à une indépendance à proprement parler, consent, entre autres choses, de mettre en perspective le processus d'*agencification*. Comme cela a été dit plus haut, les agences européennes créées à partir des premières années Quatre-vingt-dix se sont vu attribuer des pouvoirs bien lointains de ceux qui sont typiquement conférés aux autorités indépendantes et n'ont pas été placées dans une position institutionnelle de réelle indépendance vis-à-vis des sujets privés, de la Commission et des gouvernements nationaux.

Par rapport à ce système consolidé, le développement des secteurs de l'énergie et de la surveillance financière semble préfigurer une complication du modèle des agences européennes. À la figure traditionnelle d'agence, ayant une position auxiliaire vis-à-vis de la Commission et étant structurée de manière à réaliser, à travers ses propres offices internes, une pluralité de relations entre la Commission et les administrations nationales, s'est ajoutée un genre nouveau, au sein duquel la coopération administrative a lieu entre les autorités nationales indépendantes et où l'organisme européen lui-même est appelé à exercer ses fonctions de manière indépendante tant vis-à-vis des particuliers que des institutions politiques de l'Union, y compris de la Commission.

Ce nouveau genre d'agences européennes, par ailleurs, ne devrait pas être confondu avec d'autres figures de l'organisation administrative européenne fondées sur la formule de l'indépendance (119). Il se différencie, en premier lieu, de la figure qui exprime toute sa force et son étendue à travers son indépendance, à savoir le système européen des banques centrales coordonné par la Banque centrale européenne, étant donné que dans ce cas la Commission, en tant qu'organisme indépendant vis-à-vis des gouvernements nationaux mais également lié à la majorité politique exprimée par le Parlement européen, est tout à fait exclue de l'exercice de la fonction. Tout aussi nette est la distance qui le sépare des cas de figure dans lesquels l'exercice de la régulation européenne est confiée à un système commun composé d'autorités indépendantes nationales et coordonné par la seule Commission, sans qu'une agence européenne ne soit créée, comme il advient dans le secteur de la concurrence. Le nouveau type d'agence européenne, en revanche, est moins lointain du modèle que l'on peut définir comme « *concert réglementaire européen* » (120), dans lequel coexistent deux régulateurs européens, la Commission et un office collégial composé, dont les membres sont constitués par les directeurs des autorités nationales de régulation ou leur représentants et qui présente certains éléments d'indépendance. Les agences européennes indépendantes représentent toutefois une évolution par rapport à une telle figure, étant donné que l'office collégial européen a été remplacé par une figure dont l'organisa-

(119) Pour une analyse de ces cas de figure, cf. E. CHITI, *Les « systèmes communs » européens de pouvoirs publics indépendants*, dans *Gouvernance multiniveau et réforme administrative au XXI^e siècle*, sous la direction de P. PAVLOPOULOS et S. FLOGAITIS, Esperia, London, 2008, p. 145 s.

(120) La définition est de S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, dans *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 689 s.

tion est plus complexe, douée de personnalité morale et ayant un degré d'indépendance majeur.

Certes, même en admettant que les agences des secteurs de l'énergie et de la surveillance financière soient qualitativement différents du modèle consolidé d'agence européenne, on pourrait douter de la possibilité d'entrevoir dans certaines évolutions sectorielles spécifiques le signal d'une tendance plus générale, relative à la formation graduelle d'un nouveau type d'agence. Il s'agit, après tout, de développements circonscrits à certains secteurs d'action de l'Union européenne. Et le débat qui aura bientôt lieu entre les institutions politiques au sujet du futur des agences européennes pourrait conduire à une redéfinition de leurs caractéristiques.

Toutefois, minimiser l'importance générale de la réforme de la *gouvernance* de l'énergie et du débat institutionnel concernant l'équilibre des pouvoirs publics dans l'activité de surveillance financière serait une erreur. L'importance des secteurs intéressés, et le fait qu'un accord de fond ait fait surface entre les institutions politiques européennes au sujet de l'attribution de l'indépendance aux agences sectorielles, conduisent à entrevoir dans les nouveaux systèmes de l'énergie et de la surveillance financière le signal d'une tendance plus générale, qui pourrait se manifester de manière plus nette au cours des prochaines années.

III. – LES AMBIVALENCES DES DEUX MODÈLES

Au cours des pages qui précèdent, on a pu observer qu'il existe deux modèles d'agences européennes, qui présentent non seulement des caractéristiques différentes, mais également divers degrés de consolidation.

Le premier, qui est apparu au début des années Quatre-vingt-dix et qui s'est stabilisé au cours des deux dernières décennies, est fondé sur un organisme auxiliaire vis-à-vis de la Commission et fonctionnel à structurer, à travers ses propres offices de direction, une pluralité de relations entre les administrations nationales et entre ces dernières et la Commission.

Le second modèle, encore en cours de formation, se distingue de la figure traditionnelle en ceci que les administrations nationales par le biais desquelles se structure la coopération ne sont pas des administrations ordinaires mais des autorités indépendantes et de par le fait que l'agence européenne est appelée à exercer ses fonctions de manière

indépendante tant vis-à-vis des sujets privés que des institutions politiques de l'Union, y compris de la Commission.

En outre, les spécificités des deux modèles par rapport aux autres administrations de l'Union européenne ont été mises en évidence.

Pour compléter le programme qui a été esquissé en ouverture, il faut se demander, à présent, quels sont les points forts et les points faibles des deux modèles d'agence européenne.

On peut partir du modèle traditionnel, qui présente un évident point fort et divers éléments de faiblesse.

Le point fort du modèle en question est sans doute sa capacité de combler, dans des secteurs spécifiques, le *déficit* administratif traditionnel de l'Union par le biais d'instruments qui sauvegardent, en un jeu d'équilibre délicat, tant le rôle des administrations nationales que la position particulière de la Commission au sein du système administratif européen. La création d'un organisme auxiliaire vis-à-vis de la Commission, appelé à structurer une pluralité de relations entre les administrations nationales et entre ces dernières et la Commission, en effet, implique un renforcement de l'administration européenne léger et maintenu sous contrôle, qui puisse garantir une action administrative commune sans mettre directement en danger les prérogatives de la Commission et des autorités nationales (121).

Parmi les divers éléments de faiblesse, on peut en signaler ici trois, tous liés au plan d'organisation et aux mécanismes de contrôle.

Un premier problème concerne les limites de tenue d'un système d'organisation fondé sur la coopération entre les administrations nationales et entre ces dernières et la Commission dans le contexte des organismes internes de l'agence : peut-on être sûrs que les collègues qui donnent la parole aux administrations de 27 Etats ont la capacité d'exercer leurs fonctions de manière efficace ? La Commission avait commencé à s'occuper de la question quand, dans le projet d'accord interinstitutionnel présenté en 2005, elle avait préfiguré la possibilité de créer des « agences régulatrices » composées de manière telle qu'elles ne représentent pas nécessairement ses propres interlocuteurs nationaux. Comme cela a été rappelé ci-dessus, toutefois, l'obstructionnisme du Conseil a fondamentalement bloqué, en 2006, la discussion de la proposition, en induisant la Commission à assumer une position plus

(121) Parmi les autorités créées récemment, le cas de l'Autorité pour la sécurité aérienne est exemplaire ; pour une reconstruction des événements qui ont conduit à sa création, cf. A. SCHOUT, *Inspecting Aviation Safety in the EU: EASA as an Administrative Innovation?*, dans *European Risk Governance. Its Science, its Inclusiveness and its Effectiveness*, sous la direction de E. Vos, Connex Report Series, n° 6, 2008, p. 257 s.

nuancée, fondée sur l'opportunité d'entamer une évaluation des agences existantes et un vrai débat interinstitutionnel au sujet de la possibilité d'uniformiser et de simplifier l'organisation de direction des futures agences (122).

En deuxième lieu, le système d'organisation des agences européennes risque d'être, dans certains cas, trop poreux vis-à-vis des sujets privés. C'est le cas, par exemple, de l'Agence européenne des médicaments qui, privée d'une indépendance à proprement parler vis-à-vis des sujets soumis à la régulation, risque d'être faite prisonnière par les entreprises qui exercent leurs fonctions dans le secteur. Mais c'est le cas également de ces agences qui établissent un dialogue stable et institutionnel avec le secteur privé, donnant lieu à une pratique néo-corporative dont on ignore si les effets seront positifs ou négatifs : on peut penser, par exemple, à l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, dont l'organisation interne inclut un « groupe permanent de parties prenantes » composé d'experts qui représentent des sujets intéressés, tels que l'industrie des technologies de l'information et de la communication, les organisations des consommateurs et les experts universitaires en matière de sécurité des réseaux et de l'information.

Un troisième problème est celui du contrôle sur les agences européennes. La variété des modalités selon lesquelles peuvent se présenter les instruments de contrôle pourrait apparaître comme une conséquence logique découlant des différences fonctionnelles qui existent entre les différents types d'agences, douées de pouvoirs plus ou moins incisifs et nécessitant un contrôle opportunément calibré sur les caractéristiques effectives de leur action. Les équilibres qui se sont créés présentent toutefois certains inconvénients. On peut penser, par exemple, aux agences européennes qui exercent une activité consultative ou d'assistance technique. Leur activité, comme cela a été dit, est assujettie à une régulation procédurale élémentaire et n'est pas toujours soumise à l'examen des juges européens. Mais le faible degré de développement de la *rule of law* ainsi que les limitations actuelles vis-à-vis du contrôle juridictionnel ne sont pas toujours justifiables. Un exemple nous est fourni par les limita-

(122) Dans la communication de 2008 mentionnée ci-dessus et intitulée *Agences européennes – Orientations pour l'avenir*, en particulier, la Commission, a observé qu'« en tant qu'organismes publics de l'UE, toutes les agences doivent être organisées de manière à respecter certains principes fondamentaux en matière de responsabilité et de bonne gestion financière ». La position de la Commission est qu'« une stratégie plus uniforme en matière de gouvernance des agences permettrait l'application de certaines règles types à l'égard du conseil d'administration, du directeur, de la programmation des activités des agences et des rapports sur ces travaux. Elle contribuerait également à clarifier leur relation avec les institutions de l'UE et avec les États membres ».

tions imposées au contrôle juridictionnel prévues par la réglementation des produits pharmaceutiques : les pouvoirs de décision sont de l'essor de la Commission, dont l'activité peut être contrastée de par l'activation des remèdes juridictionnels ordinaires ; mais la décision de la Commission est étroitement liée à l'avis non obligatoire de l'Agence européenne des médicaments, à tel point que la limitation du contrôle à la seule mesure de l'institution supranationale en devient artificielle (123).

Même le second modèle d'agence européenne, dont l'organisation est fondée sur la formule de l'indépendance, présente certaines ambiguïtés.

Une première ambiguïté concerne la *ratio* fonctionnelle afférente à la création d'agences européennes indépendantes. Si la Commission et les autres institutions politiques de l'Union sont actuellement en train de promouvoir un nouveau type d'agence européenne, caractérisée par une indépendance à proprement parler, elles devraient clarifier dans quels secteurs et pour quels motifs fonctionnels des agences de ce type devraient être préférées au genre plus traditionnel, non pas indépendantes mais douées d'une certaine autonomie vis-à-vis des institutions politiques. Dans les États membres, comme on le sait, la *ratio* de l'indépendance d'une autorité consiste à éviter non seulement le risque d'être faite prisonnière par des particuliers, mais également d'être assujettie aux orientations de la majorité politique, afin de garantir à certaines politiques de régulation la stabilité et la crédibilité que le cycle politique lié aux échéances électorales ne réussit pas nécessairement à garantir. Les réformes du secteur de l'énergie et de la surveillance financière, toutefois, ne consentent pas de reconstruire avec certitude la *ratio* fonctionnelle de la création d'autorités indépendantes dans de tels secteurs, ni, à l'opposé, les raisons pour lesquelles les institutions politiques de l'Union ont exclu de pouvoir recourir à des agences européennes du type traditionnel. Sans une réflexion de la part des institutions européennes sur la *ratio* fonctionnelle de l'indépendance, la mise au point d'un nouveau type d'agence, dont l'autonomie vis-à-vis de la Commission ne soit pas seulement partielle, est probablement destinée

(123) Cet aspect apparaît clairement dans l'arrêt du Tribunal de première instance *Artogodan GmbH et al. c. Commission*, aff. jointes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Rec.* [2002] II-4945, dans lequel le juge européen a établi que, dans un contexte où la Commission n'est pas en mesure d'effectuer des considérations scientifiques eu égard à l'efficacité et/ou à la nocivité d'un médicament et doit se baser sur des éléments d'appréciation scientifique du comité scientifique de l'Agence européenne des médicaments, « *aux fins de l'appréciation de la régularité d'une décision de la Commission fondée sur l'article 15 bis de la directive 75/319, le juge communautaire peut être appelé à exercer son contrôle, d'une part, sur la légalité externe de l'avis scientifique du CSP et, d'autre part, sur l'exercice, par la Commission, de son pouvoir d'appréciation* » (point 199).

à représenter non pas un facteur de richesse et de vitalité du modèle des agences européennes, mais un élément de confusion et d'incertitude, qui pourrait en empêcher le développement.

En second lieu, même en voulant considérer que le critère pour l'attribution de l'indépendance puisse être reconnu sans incertitudes par les institutions politiques, le système d'organisation qui en résulte ne peut se considérer totalement résolu.

Le problème principal est celui de la nature complexe et plurielle du régulateur européen.

La nouvelle *gouvernance* de l'énergie en offre un exemple très clair.

Comme cela a déjà été souligné, l'ensemble du projet est voué à réaliser une coexistence fructueuse, sur le plan européen, d'un double régulateur : d'un côté, un régulateur strictement supranational, à savoir la Commission ; d'un autre côté, un régulateur européen composé, qui exprime la voix des régulateurs des différents États membres. Le premier s'est vu attribuer les tâches considérées nécessaires en vue de protéger l'intérêt général de l'Union. Au second ont été conférées les attributions qui requièrent une compétence hautement spécialisée ainsi que la collaboration des experts des vingt-sept autorités de régulation nationales, dans la conviction que la Commission ne serait pas en mesure de catalyser toutes les ressources nécessaires des régulateurs nationaux de la même manière qu'un organisme qui les représente au sein de leur propre organisation hiérarchique.

On peut se demander, toutefois, si le choix d'un double régulateur européen est vraiment justifié. Il existe, naturellement, certaines raisons techniques qui peuvent expliquer la voie entreprise par les institutions politiques de l'Union européenne : la principale est celle qui se réfère aux limitations que le « principe Meroni » impose, conformément à l'interprétation plus répandue parmi les institutions européennes, à la création d'organismes non prévus par les traités. Il existe bien évidemment, en outre, des raisons de compromis politique, sans compter les préférences de la Commission elle-même, qui est bien entendu peu encline à renoncer à ses propres prérogatives au niveau de deux segments importants de l'espace socio-économique européen. Toutefois, certains des arguments élaborés par les experts de la science politique européenne en faveur de la création d'authentiques autorités européennes de régulation suggèrent que la nouvelle *gouvernance* de l'énergie est moins accomplie que ce que croit la Commission. On peut penser, par exemple, à la difficulté de faire clairement la distinction, dans ces secteurs, entre les questions d'ordre technique, qui sont de l'essor de l'agence, et les questions politiques, qui impliquent l'exercice

de pouvoirs discrétionnaires et sont réservés, partant, à la Commission. De même, on ne peut pas être sûr que l'institution supranationale soit en mesure d'exercer efficacement ses propres tâches ou exclure que le recours à une autorité de régulation plus forte aurait représenté une meilleure solution sur le plan institutionnel.

CONCLUSIONS

Dans cette communication, on a tenté de reconstruire les traits caractéristiques du modèle d'agence de l'Union européenne, d'en examiner l'évolution au cours du temps et de mettre en évidence les problèmes que cela soulève.

On en a tiré trois conclusions principales qui peuvent être ici brièvement synthétisées.

En premier lieu, les agences européennes se sont progressivement caractérisées comme étant des organismes ayant certaines caractéristiques spécifiques, différentes par rapport à celles des diverses figures contiguës de l'administration européenne. Il s'agit, en particulier, d'organismes ayant une fonction auxiliaire vis-à-vis de la Commission et appelés à structurer, par le biais de leurs propres offices internes, une pluralité de relations entre les administrations nationales et entre ces dernières et la Commission.

En deuxième lieu, à cette figure désormais consolidée s'est ajoutée un nouveau type d'agence européenne, qui diffère de la figure traditionnelle en ceci que les administrations nationales dont elle structure la coopération ne sont pas des administrations ordinaires mais des autorités indépendantes et de par le fait d'être appelée à exercer ses fonctions de manière indépendante tant vis-à-vis des sujets privés que des institutions politiques de l'Union, y compris vis-à-vis de la Commission.

Les développements qui ont été illustrés mettent en lumière les transformations d'une composante importante de l'organisation administrative européenne et en démontrent la complication progressive ainsi que les ramifications toujours plus nombreuses. Par ailleurs, et il s'agit là de la troisième observation conclusive, la construction d'un modèle d'agence européenne et sa complication graduelle sont ambivalentes : d'un côté, elles répondent aux exigences fonctionnelles de l'application administrative des réglementations et des politiques européennes ; d'un autre côté, elles créent à leur tour certains problèmes.

Le principal point fort du modèle traditionnel est sa capacité de faire face, dans certains secteurs spécifiques, au *déficit* administratif tradi-

tionnel de l'Union à travers des instruments qui sauvegardent, de par un jeu d'équilibre délicat, tant le rôle des administrations nationales que la position particulière de la Commission au sein du système administratif européen. En même temps, toutefois, il se base sur un système d'organisation extrêmement baroque, fondé sur la coopération entre les administrations nationales et entre ces dernières et la Commission dans le contexte des organismes de direction de l'agence, dont le bon fonctionnement n'est pas escompté au sein d'une Europe de 27 États ; il risque d'être, dans certains cas, trop poreux vis-à-vis des sujets privés ; et il prévoit des mécanismes de contrôle qui n'ont pas toujours été développés de manière adéquate.

Quant à la nouvelle figure d'agence européenne, encore en cours de définition, elle répond à l'exigence de développer, dans des secteurs spécifiques d'action de l'Union européenne, des modèles d'organisation fondés sur l'indépendance des administrations vis-à-vis des institutions politiques ainsi que des sujets privés. Mais les réformes réalisées jusqu'à présent par le législateur européen ne consentent pas de reconstruire avec certitude la *ratio* fonctionnelle de la création d'autorités indépendantes dans certains secteurs. Et le système d'organisation qui est en train de s'esquisser présente nombre d'ambiguïtés, dont la principale concerne la nature complexe et plurielle du régulateur européen.

La solution à ces problèmes, par ailleurs, ne devra pas être fournie uniquement par les institutions politiques de l'Union, à partir de la Commission, qui a la lourde tâche d'exprimer un jugement concernant l'expérience acquise à ce jour et de présenter une proposition au Conseil et au Parlement en vue de projeter et d'orienter l'expérience à venir. Les agences européennes devront elles-mêmes s'efforcer de trouver des solutions raisonnables et durables et faire preuve d'une capacité d'auto-analyse et de proposition. Il en va de même pour la science juridique européenne, dont l'apport peut et doit être décisif.

LE RECOURS À DES AGENCES DE L'UNION EN RÉPONSE AUX QUESTIONS DE SÉCURITÉ

PAR

MARC BLANQUET

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE 1 CAPITOLE
DIRECTEUR DE L'IRDEIC

NATHALIE DE GROVE-VALDEYRON

MAÎTRE DE CONFÉRENCES
À L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE 1 CAPITOLE

Si le développement des agences européennes est spectaculaire, en général, depuis quelques années, on ne peut que remarquer que les agences de sécurité constituent en quelque sorte ici un « phénomène dans le phénomène », qui mérite un regard particulier, pour quatre raisons :

- 1) Ces agences sont nombreuses : sur 22 « agences communautaires », 9 interviennent dans le domaine de la sécurité : l'agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (OSHA (124)), l'autorité européenne de sécurité des aliments (125) (EFSA (126)), le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies (ECDC (127)), l'agence ferroviaire européenne (ERA (128)), l'agence européenne de la sécurité aérienne (EASA (129)), l'agence européenne pour la

(124) Règlement (CE) n° 2062/94 du Conseil, du 18 juillet 1994, instituant une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail, *JO* n° L 216 du 20 août 1994, pp. 1-8.

(125) Règlement n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité alimentaire, *JO* n° L 31 du 1^{er} février 2002, p. 1.

(126) L'acronyme anglais a été retenu afin de ne pas confondre l'Autorité européenne de sécurité des aliments avec une autre agence, l'Agence européenne de sécurité aérienne.

(127) Règlement (CE) n° 851/2004 du Parlement Européen et du Conseil, du 21 avril 2004, instituant un Centre européen de prévention et de contrôle des maladies, *JO* n° L 142 du 30 avril 2004, pp. 1-11.

(128) Règlement (CE) n° 881/2004 Du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, instituant une Agence ferroviaire européenne, *JO* n° L 164 du 30 avril 2004, pp. 1-43.

(129) Règlement (CE) n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2002, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence

- sécurité maritime (EMSA (130)), l'agence européenne des médicaments (EMA (131)), et l'on peut même compter l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA (132)), ou l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA (133)).
- 2) La plupart de ces agences sont récentes, postérieures à 2000 et elles illustrent donc bien le phénomène de l'explosion du nombre d'agences depuis 10 ans.
 - 3) Elles contiennent souvent en elles-mêmes une dynamique, les règlements de base prévoyant souvent la possibilité, à terme, de leur confier de nouvelles missions, ce qui permet d'y voir une préfiguration de l'avenir des agences de l'Union.
 - 4) Le secteur de la sécurité, entendu ici au sens de la sécurité des biens et des personnes, à l'exclusion de la sécurité « commune », ou « nationale » qui renvoie à d'autres problématiques, est particulièrement sensible puisqu'il correspond à une prérogative traditionnelle des Etats, des Etats membres : la santé, la sécurité font partie des missions des Etats dont le traité de Rome protège l'intégrité, même au prix de dérogations vis-à-vis du cœur de l'intégration, le marché intérieur, de sorte que là, la multiplication des agences représente aussi un « phénomène dans le phénomène », un aspect particulier du mouvement général d'appropriation européenne de la sécurité (134).

européenne de la sécurité aérienne, *JO* n° L 240 du 7 septembre 2002, pp. 1-21.

(130) Règlement (CE) n° 1406/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2002, instituant une Agence européenne pour la sécurité maritime, *JO* n° L 208 du 5 août 2002 pp. 1-9.

(131) 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* n° L 214 du 24 août 1993, pp. 1-21. Règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, *JO* n° L 136 du 30 avril 2004, pp. 1-33.

(132) Règlement (CE) n° 460/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 10 mars 2004, instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, *JO* n° L 077 du 13 mars 2004 pp. 1-11. Cf. aussi la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 460/2004 instituant l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information en ce qui concerne sa durée, COM (2007) 861 final.

(133) Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 18 décembre 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, modifiant la directive 1999/45/CE et abrogeant le règlement (CEE) n° 793/93 du Conseil et le règlement (CE) n° 1488/94 de la Commission ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE et 2000/21/CE de la Commission, *JO* n° L 396 du 30 décembre 2006, pp. 1-849.

(134) Cf. M. BLANQUET, « L'appropriation par la Communauté des impératifs de sécurité », in M. NICOD (dir.) *Qu'en est-il de la sécurité des personnes et des biens ?*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 175 à 219.

Il est difficile de systématiser pour présenter les fonctions de ces agences pour la double raison qu'elles sont variables et qu'il n'y a pas, ce qui est d'ailleurs une question régulièrement soulevée, de règlement de base sur leur statut, à la différence des agences exécutives. Elles ont souvent des missions dans le domaine des informations, de l'expertise scientifique, et du conseil, essentiellement à la Commission, pour élaborer les réglementations communautaires (135), mais aussi aux Etats membres. Elles interviennent aussi en matière de contrôle (par exemple l'Autorité de sécurité maritime à l'égard des sociétés de classification) et ont parfois des missions plus effectives, l'Agence des médicaments jouant le rôle décisif dans la procédure d'autorisation centralisée de mise sur le marché de médicaments ou l'agence de sécurité aérienne exerçant la compétence pour la certification de type, c'est-à-dire la certification des modèles génériques d'aéronefs, de moteurs ou d'équipements qui sont agréés pour une exploitation dans toute l'Union européenne. Si l'on prend les catégories suggérées par la Commission dans sa communication de 2008 (136), on s'aperçoit que certaines agences intervenant en matière de sécurité se classent dans la catégorie des agences adoptant des décisions individuelles contraignantes à l'égard de tiers (EASA, ECHA), d'autres fournissent une assistance directe à la Commission et/ou aux Etats membres sous forme d'avis techniques ou scientifiques, ou de rapports d'inspection (EMSA, EFSA, ERA, EMEA), d'autres, enfin, sont chargées de collecter, analyser, transmettre et mettre en réseau une information objective, fiable et facilement accessible (OSHA, ENISA, ECDC).

Il semble pourtant possible, au-delà de ces particularités, d'identifier certains aspects caractérisant le recours aux agences dès lors que la sécurité est en cause, en tous cas en reliant, en mettant en perspective la problématique des agences et celle de l'évolution des compétences de sécurité (I). Cette mise en évidence ne peut se faire que de manière générale, en prenant en considération, tout spécialement les règlements ayant créé ces agences et les motivations exprimées dans leur préambule. Ces statuts constitutifs des agences sont significatifs et l'on a même pu analyser leur importance en tant qu'instrument de contrôle des agences, destinés, sans pour autant brider l'action ou réduire l'indépendance de ces organismes, à les inscrire dans une logique de poli-

(135) N'oublions pas que depuis le traité d'Amsterdam, l'article 95 impose à la Commission de viser dans ses propositions un niveau élevé de sécurité « en tenant compte notamment de toute nouvelle évaluation basée sur des faits scientifiques ».

(136) Agences européennes- Orientations pour l'avenir, COM(2008)323.

tique publique, orientée dans un certain sens⁽¹³⁷⁾, ceci étant d'autant plus réel que les agences sont soumises au contrôle du juge.

En revanche, compte tenu de la diversité des missions et des activités de ces agences, il semblait difficile de proposer un bilan général, de sorte que le choix a consisté à cibler une certaine agence, particulièrement représentative, de manière à pouvoir approfondir réellement l'analyse. Le choix s'est porté sur l'Autorité européenne de sécurité des aliments, ce qui, au demeurant, positionne cette communication en pleine cohérence avec la succession des trois journées Guy Isaac, la première et la troisième étant consacrées au phénomène général des agences et la deuxième ayant été consacrée à la création de l'EFSA (II).

(137) En ce sens, cf. M. HIRSCH : « L'expertise scientifique indépendante dans un établissement public : l'exemple de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments », in *Rapport public 2001 du Conseil d'Etat*, Paris, La Documentation française, p. 432.

I. – PROBLÉMATIQUE GÉNÉRALE DE LA CRÉATION D'AGENCES DE SÉCURITÉ

L'examen du contexte, des conditions, et des textes ayant permis la création de ces agences de sécurité permet d'abord de s'apercevoir que le fonctionnement du marché intérieur reste une préoccupation majeure, de sorte que l'on peut voir dans ce recours à la solution de l'agence une nouvelle « nouvelle approche » de la gestion de ce marché intérieur (A). Par ailleurs, cet examen permet de dessiner les contours d'une conception d'ensemble pour le traitement des questions de sécurité à l'époque contemporaine, constituant une véritable « nouvelle gouvernance » de la sécurité, puisque s'inscrivant totalement dans la logique de ce courant de la nouvelle gouvernance européenne (138) dont on peut se demander si elle n'est pas sans risque, non seulement de façon générale pour l'intégration européenne (139), mais peut-être tout particulièrement lorsque sont en cause des enjeux de sécurité (B).

A. – *Une nouvelle « nouvelle approche » de la gestion du Marché intérieur*

L'examen des textes constitutifs des différentes agences concernées fait apparaître deux constantes presque systématiques: le souci primordial du fonctionnement du marché intérieur et un objectif essen-

(138) Cf. « Gouvernance européenne – Un Livre Blanc », COM(2001) 428 du 25 juillet 2001.

(139) Cf. M. BLANQUET, « Le système communautaire à l'épreuve de la « gouvernance européenne ». Pour une nouvelle gouvernance raisonnée », in *Mélanges Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales, 2004, p. 239.

tiel consistant à assurer ou rétablir la confiance, spécialement des utilisateurs, usagers, ou consommateurs, ce qui est encore un objectif économique, la confiance n'étant pas à confondre avec la protection en ce qu'elle représente plutôt une condition de bon fonctionnement d'un marché.

1. *Le souci primordial du fonctionnement du marché intérieur*

Il faut d'emblée prendre la mesure du phénomène en montrant que quasiment toutes ces agences affichent en premier lieu un rôle de réponse aux questions de sécurité, celle-ci étant vue, non comme un objectif en soi, mais plutôt comme un problème pour le fonctionnement du marché intérieur. Nous pourrions ensuite mettre ce phénomène en perspective avec la place prise depuis des années par les questions de sécurité dans le fonctionnement du marché intérieur, notamment depuis la « nouvelle approche ». En troisième lieu, on peut considérer qu'il y a là un véritable « nouvel horizon » pour ce marché intérieur.

a) La sécurité, problème à résoudre pour le développement du marché intérieur

S'il est une caractéristique majeure pour l'ensemble de ces agences de sécurité, à la seule exception de l'OSCHA et de l'ECDC, c'est que leur rôle est avant tout (140) présenté comme destiné à préserver le fonctionnement du marché intérieur. D'emblée, cela montre que les objectifs de sécurité, s'ils ne sont pas pour autant secondaires, viennent cependant se positionner dans ce cadre classique, qui impose au demeurant la compétence communautaire sans conteste, alors que cela pourrait être plus douteux pour la seule action visant à garantir la sécurité. La répartition des compétences dans ce domaine traditionnellement réservé aux Etats n'est donc pas anodine ici pour comprendre cette focalisation particulièrement spectaculaire.

S'agissant de l'ENISA et de la sécurité des réseaux, l'adoption par les entreprises de mesures de sécurité, et le soutien des Etats à ces mesures, fait que « *le bon fonctionnement du marché intérieur risque d'être compromis* » (141). Et l'accent est mis, ici, sur le caractère technique complexe du sujet, impliquant l'absence de solution unique

(140) C'est souvent dès le premier considérant du règlement de création.

(141) Considérant 3. NB: dans les notes suivantes, les considérants cités se réfèrent aux règlements de création des agences évoquées.

ou évidente, d'où un risque « *d'obstacles au marché intérieur* » (142). Pour la modification de l'ENISA et la proposition de transformation en autorité européenne du marché des communications électroniques, on retrouve la même idée de problème lié à des orientations différentes des Etats membres gênant la mise en place d'un « *espace européen unique de l'information* ».

Pour l'EFSA, c'est particulièrement net, pas moins de 9 considérants, dont le premier, indiquant que « *la libre circulation de denrées alimentaires sûres et saines constitue un aspect essentiel du marché intérieur* », que cette « *libre circulation ne peut être réalisée que si les prescriptions relatives à la sécurité des denrées alimentaires et des aliments pour animaux ne diffèrent pas de manière significative d'un Etat membre à l'autre* », ces différences étant « *susceptibles d'entraver la libre circulation des denrées alimentaires, de créer des inégalités en matière de concurrence et, de ce fait, d'influer directement sur le fonctionnement du marché intérieur* », qu' « *il est donc nécessaire de rapprocher ces concepts, principes et procédures de manière à ce qu'ils forment une base commune pour les mesures régissant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux adoptées dans les Etats membres et au niveau communautaire* ». C'est dans cet esprit qu'est créée l'Autorité européenne de sécurité des aliments devant « *remplir le rôle de référence scientifique indépendante en matière d'évaluation des risques et contribuer ainsi à assurer le bon fonctionnement du marché intérieur* », ou contribuer « *à prévenir le morcellement du marché intérieur par l'adoption de mesures qui créent des entraves injustifiées ou inutiles à la libre circulation des denrées alimentaires et des aliments pour animaux* ». Tout est ramené au marché intérieur, qu'il s'agisse de la traçabilité (« *L'expérience a montré que le fonctionnement du marché intérieur peut être compromis lorsqu'il est impossible de retracer le cheminement de denrées alimentaires* ») (143) ou de la mise en place d'une évaluation préalable des risques : « *... Le recours à une analyse des risques avant l'adoption de ces mesures doit faciliter la prévention des entraves injustifiées à la libre circulation des denrées alimentaires* » (144).

Pour l'agence de sécurité ferroviaire (ERA), le décor est planté d'emblée, dès le premier considérant : « *La constitution progressive d'un espace ferroviaire européen sans frontières nécessite une action*

(142) Considérant 10.

(143) Cons. 28.

(144) Cons. 16.

communautaire dans le domaine de la réglementation technique applicable aux chemins de fer, en ce qui concerne tant les aspects techniques que les aspects de sécurité, les deux étant par ailleurs indissociables».

Même approche pour l'agence de sécurité aérienne (EASA): «*Un niveau élevé et uniforme de protection des citoyens européens devrait être assuré à tout moment dans l'aviation civile, en adoptant des règles de sécurité communes et en veillant à ce que les produits, les personnes et les organismes dans la Communauté satisfassent à ces règles et à celles adoptées en vue de protéger l'environnement. Cela contribuera à faciliter la libre circulation des marchandises, des personnes et des organismes dans le marché intérieur*(145)».

Pour être moins explicite, l'entame, pour l'agence de sécurité maritime (EMSA), reste dans le même ton, plus orienté cependant vers la concurrence: «*Un grand nombre de mesures législatives ont été adoptées dans la Communauté afin de renforcer la sécurité et de prévenir la pollution dans les transports maritimes. Pour être efficace, ce dispositif législatif doit être appliqué convenablement et uniformément à travers toute la Communauté. De cette manière, on pourra assurer les conditions d'une concurrence équitable, réduire les distorsions qui résultent des avantages économiques liés à l'utilisation de navires non conformes et récompenser les acteurs maritimes sérieux*» (146).

Pour l'ECHA, en matière de produits chimiques, le premier considérant évoque l'objectif de «*libre circulation des substances*», le deuxième se réfère au «*fonctionnement efficace du marché intérieur*», le septième se soucie de «*préserver l'intégrité du marché intérieur*», un autre indiquant que le système mis en place doit «*assurer le bon fonctionnement du marché intérieur*» (147).

Enfin, pour l'agence des médicaments, tant le texte de création en 1993 que le règlement modificatif de 2004 visent explicitement «*le bon fonctionnement du marché intérieur dans le secteur pharmaceutique*».

b) L'inscription dans un mouvement déjà ancien

La logique et tendance initiale, comme souligné plus haut, consistait à ne pas conférer dans les traités de véritable compétence à la Commu-

(145) Cons. 1.

(146) Cons. 1.

(147) Cons. 22.

auté, dans les domaines s'apparentant à la sécurité des personnes et des biens, considérés comme relevant de l'intérêt général, les Etats membres gardant donc une forme de monopole pour assurer ce type de protection aux citoyens.

Il faut admettre que l'évolution du marché intérieur a tout à fait renouvelé, ici, la problématique. Qu'il s'agisse de la démarche ou de la procédure, la Communauté a donné, au milieu des années 80 un nouveau tour à son entreprise de construction du marché européen et les deux aspects ont conduit à faire de la sécurité un impératif majeur.

– **Une nouvelle approche.** Une résolution du Conseil du 7 mai 1985 a défini une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (148), la leçon du passé étant qu'une ambition d'harmonisation globale, détaillée et déterminée au cas par cas sur toutes les caractéristiques d'un produit condamnait à l'échec le processus lui-même, ne serait-ce que par sa lourdeur et sa lenteur. L'idée a donc été de définir des exigences essentielles obligatoires, qui permettent de garantir un niveau de protection élevé du public dans des domaines tels que la santé, la sécurité, la protection des consommateurs ou la protection de l'environnement. Ces exigences fixent des seuils ou des niveaux de protection pour l'ensemble de la Communauté en matière de santé et de sécurité. Dès lors, l'action d'harmonisation européenne s'est concentrée sur ces exigences essentielles, et la conséquence évidente est qu'à partir de là, les exigences de sécurité ont constitué l'objet central de cette action d'harmonisation européenne. La Communauté s'est donc focalisée, du fait de ce choix méthodologique, sur ces problèmes de sécurité.

– **Une véritable responsabilité.** L'Acte unique a voulu doter la Communauté d'un instrument plus performant d'harmonisation. Le nouvel article 100 A (devenu art. 95 CE, aujourd'hui 114 TFUE) marquait le passage à la majorité qualifiée (149), mais ce nouvel instrument de droit commun pour l'achèvement du marché intérieur a également imposé une obligation pour la Commission qui, dans ses propositions, « prend pour base un niveau de protection élevé », notamment « en matière de santé, de sécurité, ... et de protection des consommateurs ». Le traité d'Amsterdam a précisé et renforcé doublement cette disposition. La précision est que la Commission doit prendre une telle base

(148) JO n° C 136 du 4 juin 1985, p. 1.

(149) Sauf, il est vrai, pour les dispositions fiscales, les dispositions relatives à la libre circulation des personnes et celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés (art. 95 § 2 CE).

« en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur les faits scientifiques ». Le renforcement de la portée de cette obligation est, d'une part, que la Commission et non plus seulement le Conseil et le Parlement européen puisse adopter une mesure d'harmonisation, mais aussi, et là c'est le champ de l'obligation plutôt que son intensité qui est élargi, que « dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif ».

On peut certainement rapprocher de cette obligation, afin de disposer d'un tableau général, les dispositions accompagnant l'explicitation et l'intégration des nouvelles compétences de protection (de la santé ou des consommateurs) par le traité de Maastricht. Dans ces domaines, on note qu'« un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de la Communauté » (150) et que « les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de l'Union » (151). On peut ajouter que pour la protection de l'environnement, qui comporte, selon l'article 191 TFUE, un objectif de « protection de la santé des personnes », la politique de la Communauté « vise un niveau de protection élevé » (152). Remarquons enfin que dans un autre domaine relevant des nouvelles compétences communautaires, en 1996, le Conseil a donné pour tâche à l'Union européenne de garantir aux usagers des réseaux transeuropéens un niveau de service, de confort et de sécurité élevé et homogène (153). Cette obligation légale, conjuguée avec la croissance considérable qu'a connue le transport international au cours de ces dernières années, impose par exemple, selon la Commission, d'améliorer la sécurité du réseau routier transeuropéen (154).

C'est donc de façon globale que l'on peut considérer que l'Union a une obligation de viser ou d'assurer un « niveau élevé » de sécurité dans son action d'harmonisation, quel que soit le domaine mais quand la base juridique est l'article 114 TFUE, de même qu'en matière de sécurité sanitaire et des consommateurs, là encore quelle que soit la politique en

(150) Article 168 TFUE.

(151) Article 12 TFUE.

(152) Article 191§ 2 TFUE.

(153) Décision n° 1692/96/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 juillet 1996, sur les orientations communautaires pour le développement du réseau transeuropéen de transport (JO n° L 228 du 9 septembre 1996 p. 1).

(154) Communication « Programme d'action européen pour la sécurité routière – Réduire de moitié le nombre de victimes de la route dans l'Union européenne d'ici 2010 : une responsabilité partagée » (COM (2003) 311).

cause, c'est à dire l'objet principal, et quelle que soit la base juridique utilisée, de même, enfin, que pour le transport et les réseaux. Tout cela permet d'identifier une véritable responsabilité pesant sur la Communauté à propos du niveau de sécurité.

c) Un nouvel horizon pour le marché intérieur

En quelque sorte, le marché intérieur doit vivre au-delà ...de son achèvement. C'est le phénomène au sein duquel s'inscrivent ces agences de sécurité. On peut présenter cette idée sous deux angles : la sécurité représente pour le marché intérieur, et peut-être, au-delà pour l'intégration européenne elle-même, un nouveau souffle. Elle illustre par ailleurs l'exigence d'un nouveau type d'intégration.

– **Un nouveau souffle pour le marché intérieur et l'intégration.** On observe, dans les directives d'harmonisation comme dans les textes créant les agences de sécurité, une fusion de l'objectif lié au marché unique et de ces objectifs de sécurité. Le règlement (CE) n° 178/2002 (155), texte de base de la politique de sécurité alimentaire, et créant l'EFSA illustre cette intégration : « *La libre circulation de denrées alimentaires sûres et saines constitue un aspect essentiel du marché intérieur et contribue de façon notable à la santé et au bien-être des citoyens, ainsi qu'à leurs intérêts économiques et sociaux.* »

Même approche quand l'objectif, par l'établissement de conditions harmonisées, est « *le développement d'un système ferroviaire communautaire sûr* » (156). A cet égard, le règlement créant l'Agence ferroviaire européenne précise que la « *création d'une telle agence permettra de prendre en compte de façon conjointe et à un niveau d'expertise élevé les objectifs de sécurité et d'interopérabilité du réseau ferroviaire européen, et contribue en cela à la revitalisation du secteur ferroviaire et aux objectifs généraux de la politique commune des transports* ».

L'idée serait ici que la construction du marché commun, lancée en 1957 a déjà eu besoin d'un nouvel élan, et ce fut la relance avec l'Acte unique et l'entreprise « *d'achèvement du marché intérieur* ». Depuis, on peut dire que ce strict objectif de libéralisation est largement achevé,

(155) Règlement (CE) n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires (JO n° L 31 du 1^{er} février 2002, p. 1).

(156) Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, concernant la sécurité des chemins de fer communautaires, JO n° L 164 du 30 avril 2004, pp. 44-113.

en effet (157), de sorte qu'un nouveau besoin se fait sentir pour éviter l'essoufflement du processus. Après l'achèvement, ce serait l'enrichissement, de nouvelles dimensions comme la sécurité, ou la « durabilité » étant associées à la stricte libre circulation. Le concept de « mobilité durable » (158) semble en particulier être représentatif de ces nouveaux objectifs, supports de l'action communautaire. La libre circulation n'est plus assez mobilisatrice en elle-même : elle se charge de valeurs et d'objectifs qui lui donnent une nouvelle richesse.

On peut d'ailleurs dépasser ce constat en estimant que le « nouveau souffle » mobilisateur grâce aux valeurs et objectifs de sécurité concerne, au-delà du strict marché intérieur, les politiques communes, y compris la PAC (159) : il s'agit là de la nécessaire réorientation de la PAC vers une logique plus qualitative que quantitative, une PAC des années 2000 et non celle du traité de Rome, qui, ne l'oublions pas, ne suivait que d'une dizaine d'années un après-guerre marqué de restrictions alimentaires, d'où sa dominante productiviste. Depuis 1985, l'inadéquation semblait évidente avec une agriculture devenue excédentaire et la Communauté n'a eu de cesse que de privilégier des critères sélectifs permettant de rompre la spirale inflationniste de la production. L'environnement, la qualité, la sécurité alimentaire participent de cette entreprise de réorientation de la PAC dont on ne sait si le slogan principal est « mieux produire » ou « produire moins »...

– **Un nouveau type d'intégration pour le marché intérieur.** Il s'agirait de passer d'une action essentiellement prescriptive ayant pour objectif une « intégration négative » à une action de régulation (160) plus continue d'un secteur, dans le cadre d'une intégration désormais positive.

D'une part, l'expérience prouverait la nécessité, pour véritablement construire et « achever » un marché intégré, de ne pas se contenter d'une action de législation, mais de développer une implication plus étroite au cœur même de l'activité.

(157) Du moins pour son volet législatif, la vigilance contentieuse devant demeurer.

(158) Cf. notamment la communication COM(2006)314 du 22 juin 2006 pour une approche sous cet angle.

(159) Le problème ne se pose plus pour la politique des transports, le traité de Maastricht ayant ajouté explicitement à la compétence en matière de transport un volet (art. 71 § 1 c) CE) consistant à permettre au Conseil d'établir « les mesures permettant d'améliorer la sécurité des transports », ne faisant là que confirmer la jurisprudence : CJCE, 28 novembre 1978, *Schumalla*, aff. 97/78, *Rec.* p. 234.

(160) Cf. G. MAJONE : « la Communauté : un Etat régulateur », Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 1996.

Par ailleurs, dans ce contexte, la crédibilité de l'action publique de régulation serait confortée par l'identification d'une agence spécialisée à un domaine particulier, lui permettant d'intervenir plus efficacement dans le débat public pour justifier et expliquer son action (161).

Le problème peut également être pris sous un autre angle. L'intégration positive exacerberait le déficit de légitimité et le manque de contrôle démocratique (162) : la démarche contraignante et « descendante (163) », la centralisation d'inspiration (la Commission incarnant l'intérêt général communautaire), adaptées à l'intégration négative, ne seraient plus pertinentes alors que l'action communautaire influe désormais directement sur le quotidien des citoyens.

Cet impact nouveau de l'action européenne par rapport aux citoyens européens a fait prendre conscience d'un impérieux besoin de rapprochement avec le « terrain », les acteurs, et les citoyens eux-mêmes. Ceci s'est, par exemple, manifesté par la consécration du principe de subsidiarité, dont la version politique (art. 1 TUE) consiste à promouvoir l'idée d'une prise de décision la plus proche possible des citoyens ; ceci a abouti plus tard, avec le traité d'Amsterdam spécialement, à la mise en évidence de principes comme la transparence ou l'ouverture (164).

L'association des milieux intéressés, dans certains secteurs particuliers, qui participe de la même démarche, aurait pu être réalisée au travers du comité économique et social, mais le relatif effacement de celui-ci a conduit à rechercher d'autres voies. L'individualisation en agences permet, dans leur organisation, de réaliser cette association.

2. *L'objectif essentiel de rétablissement de la confiance*

C'est, on le soulignera dans un instant, un objectif particulièrement mis en évidence dans les actes de création des agences. On se rappellera également, en 2004, en ces lieux mêmes, le Directeur du service juridique de l'EFSA indiquant que le premier objectif de cette « Autorité » était de rétablir la confiance du consommateur. Il faut prendre conscience du caractère économique de cet objectif, lié au bon fonctionnement des mécanismes de marché, avant de voir comment cela se manifeste pour les agences de sécurité, le choix de ce type de solution

(161) Cf. le document D (2000) du Secrétariat Général de la Commission, équipe gouvernance, évoquant ici la « fonction argumentative ».

(162) Cf. « accroître l'efficacité et la légitimité de la gouvernance de l'Union européenne : synthèse de l'atelier de Genval » ; cellule de prospective, CdP(99)750, p. 10.

(163) Démarche « top-down ».

(164) Sur le principe de transparence, cf. notamment, sous la direction de J. RIDEAU : « *La transparence dans l'Union européenne ; mythe ou réalité* », Paris, LGDJ, 1998.

institutionnelle s'expliquant de manière particulièrement claire puisque les caractéristiques particulières des agences correspondent exactement à ce qui est recherché pour établir ou rétablir cette confiance.

a) La confiance du consommateur, objectif économique

Il n'est pas inintéressant d'observer déjà comment, dans sa communication «*Améliorer l'application des directives « nouvelle approche »*» (165), la Commission présente la philosophie de la « nouvelle approche » de l'harmonisation adoptée en 1985: «*cette nouvelle approche visait à faciliter l'achèvement du marché intérieur et à encourager l'adoption d'une législation souple et neutre sur le plan technologique, en abandonnant les exigences techniques détaillées spécifiques à un produit pour les remplacer par des exigences essentielles valables pour des types de produits, de façon à promouvoir l'innovation et la compétitivité*». Donc cette focalisation sur les exigences de sécurité se situait déjà dans une stratégie visant la compétitivité, mais il s'agissait d'une méthode d'achèvement du marché intérieur et la dominante économique était donc assez logique, les questions de sécurité continuant à être un objet essentiel de l'action plutôt, peut-être, qu'un objectif.

La même approche se retrouve dans le programme (166) sur la sécurité et la santé des travailleurs 1996-2000, la Commission estimant que l'amélioration des normes de santé et de sécurité renforcera la compétitivité et que les mesures visant à réduire le coût des maladies et accidents peuvent toutes contribuer au développement d'une économie efficace, compétitive et axée sur la qualité. Mais là encore, on se situe dans le monde de l'entreprise et la dominante économique ne surprend ni ne choque.

C'est peut-être plus troublant quand un raisonnement comparable apparaît pour la sécurité alimentaire, la dimension sanitaire semblant ici plus déterminante.

L'ambiguïté résulte de ce que la sécurité alimentaire est considérée comme un élément de la compétitivité des industries agro-alimentaires européennes. Si cela est, *a priori*, positif, en ce que cette conjonction d'intérêts rend attractif pour les entreprises l'effort de sécurité alimentaire, il reste cependant le danger, à envisager cette sécurité dans un contexte de compétitivité, de faire prévaloir l'objectif global vis-à-vis

(165) COM(2003)240.

(166) Précité.

de l'élément particulier, c'est-à-dire la compétitivité vis-à-vis de la sécurité alimentaire (167).

L'Agenda 2000 (168), lorsqu'il entend préciser les « objectifs politiques de la PAC », insiste avant tout sur cette compétitivité de l'agriculture européenne sur les marchés intérieurs et extérieurs : la Commission souligne que les prix ne sont qu'un paramètre de la compétitivité, la sûreté et la qualité des denrées alimentaires en étant « *deux aspects au moins aussi importants* ». Elle explique qu'une fiabilité totale en matière de sûreté des denrées alimentaires constitue aussi un élément déterminant pour l'image des produits européens sur les marchés intérieurs et internationaux.

Autant on doit admettre que la qualité puisse être perçue comme un élément de compétitivité (selon les produits, ce sera le prix ou la qualité qui sera déterminante à cet égard), autant on peut, peut-être, rester plus réticent à s'engager sur cette logique de compétitivité s'agissant de la sécurité.

On retrouve cette idée dans la communication de la Commission sur la santé des consommateurs et la sûreté alimentaire (169) qui précise que la « sûreté alimentaire » n'est pas uniquement à considérer dans une optique de sécurité : elle consiste, d'une part, certes, en une « *condition préalable pour la protection de la santé des consommateurs* », mais elle est aussi « *vitale pour le bon fonctionnement du marché... elle sert aussi les intérêts des producteurs et de ceux qui sont associés à la transformation et à la commercialisation des denrées alimentaires et des produits agricoles pertinents* » (170). L'Acte clé de la nouvelle politique communautaire de sécurité alimentaire, le Livre blanc sur la sûreté alimentaire, a d'ailleurs été présenté, le 12 janvier 2000, non seulement par le Commissaire en charge de la santé et de la protection des consommateurs, David Byrne, mais aussi par Erki Liikanen, Commissaire responsable du secteur « Entreprises et société de l'information ». M. Liikanen, d'ailleurs, n'a pas manqué d'insister sur la même idée : « *l'initiative d'aujourd'hui a un double objectif : non seulement accroître la qualité de vie des Européens, mais aussi « booster » la compétitivité de l'industrie alimentaire européenne* ».

(167) Sur cette problématique, cf. M. BLANQUET, « Les consommateurs et la Politique agricole commune », in *Le droit communautaire de la consommation, bilan et perspectives*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 63.

(168) Bull. de l'Union européenne, sup. 5/97.

(169) COM (97) 183 final, précitée.

(170) Communication précitée, p. 6.

Plus largement, on peut identifier cette logique chaque fois qu'est évoqué le rétablissement de la confiance du consommateur, plutôt que la protection de sa santé.

b) Les agences, instruments de confiance

On voudrait montrer ici que toutes ces agences de sécurité sont focalisées sur cet objectif et relever que ce sont les caractéristiques mêmes des agences en tant que solution institutionnelle qui permettent d'arriver à ce résultat.

– **L'objectif constant de rétablissement de la confiance.** Un rapide panorama permet de mesurer l'ampleur du phénomène.

Le règlement créant l'ENISA explique d'emblée (171) que le *« nombre croissant des violations de la sécurité a déjà provoqué des dommages financiers considérables, a ébranlé la confiance des utilisateurs et a été préjudiciable au développement du commerce électronique »* et que *« l'établissement d'une agence européenne...qui constituerait une référence et inspirerait confiance du fait de son indépendance, de la qualité de ses conseils et de l'information qu'elle diffuse, de la transparence de ses procédures et de ses modes de fonctionnement ainsi que de la diligence avec laquelle elle s'acquitte des tâches qui lui sont confiées, répondrait à ces besoins »* (172).

S'agissant de l'EFSA, il *« est nécessaire d'assurer la confiance des consommateurs, des autres parties concernées et des partenaires commerciaux dans les processus de décision en matière de législation alimentaire, les fondements scientifiques de la législation alimentaire, ainsi que dans les structures et l'indépendance des institutions chargées de la protection de la santé et des autres intérêts »* (173). Et le texte de décliner cette idée à l'envie : il faut assurer une certaine évaluation des risques *« afin d'assurer la confiance dans les bases scientifiques de la législation alimentaire »* (174), il *« est nécessaire d'assurer la confiance des consommateurs et des partenaires commerciaux à travers un processus ouvert et transparent d'élaboration de la législation alimentaire »* (175), la *« sécurité et la confiance des consommateurs de la Communauté et des pays tiers*

(171) Cons. 2.

(172) Cons. 11.

(173) Cons. 9.

(174) Cons. 18.

(175) Cons. 22.

revêtent une importance primordiale» (176), la «*confiance des institutions communautaires, du public et des parties intéressées dans l'Autorité est indispensable*» (177)...

Pour l'ECHA, en matière de produits chimiques, l'obsession est la même: «*il est nécessaire d'instaurer la confiance dans la qualité générale des enregistrements*» (178), l'«*Agence devrait jouer un rôle central en assurant la crédibilité de la législation sur les substances et des processus décisionnels, ainsi que de leurs bases scientifiques, auprès de toutes les parties intéressées et du public*» (179), «*il est essentiel que les institutions communautaires, les États membres, le public et les parties intéressées accordent leur confiance à l'Agence*» (180)...

De la même façon et sans chercher l'exhaustivité, l'Agence des médicaments doit «*préserver...la confiance des patients et des professions médicales dans*» l'évaluation des médicaments de haute technologie (181) et l'ECDC doit améliorer «*la visibilité et la crédibilité de l'expertise scientifique dans la Communauté*» (182), le règlement soulignant qu'il «*est essentiel que le Centre soit investi de la confiance des institutions communautaires, du grand public et des parties intéressées*» (183).

– **La formule de l'agence, source de confiance.** En synthétisant, les arguments qui permettent de justifier la formule de l'agence au regard de cette mission de création ou rétablissement de la confiance sont de trois types.

Il y a d'abord et principalement le gage de *l'indépendance*. Presque tous les textes de création de ces agences relient l'objectif de confiance à la garantie d'indépendance de ces structures autonomes. On est là dans le courant d'une méfiance pour les institutions «majoritaires», y compris la Commission européenne, trop politisée, selon certains (184), par l'emprise, désormais, du Parlement européen sur le système institutionnel de l'Union, de sorte qu'au-delà de l'indépendance, c'est la

(176) Cons. 23.

(177) Cons. 40.

(178) Cons. 65.

(179) Cons. 95.

(180) *Ibid.*

(181) Règlement (CE) n° 726/2004, *préc.*, cons. 7.

(182) Cons. 10.

(183) Cons. 14.

(184) Cf., pour la présentation et la discussion de cette thèse, M. BLANQUET, «Agences de l'Union et gouvernance européenne», in *Les agences de l'Union européenne*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 43 à 78.

« *neutralité* » des agences qui serait mise en valeur, mais il convient de préciser les choses.

Il apparaît d'abord que cette indépendance doit intervenir à certains stades vis-à-vis de la législation (185). Pour l'EFSA, il s'agit de tenir un « *rôle de référence scientifique indépendante en matière d'évaluation des risques* » et, par ailleurs, « *l'indépendance de l'Autorité et sa mission d'information du public impliquent qu'elle puisse communiquer de façon autonome dans les domaines relevant de ses compétences, le but étant de fournir une information objective, fiable et facilement compréhensible* » : autrement dit, l'indépendance est essentielle pour l'évaluation des risques et la communication sur le risque. De manière comparable, pour l'ECDC, « *l'indépendance du Centre et sa mission d'information du public impliquent qu'il devrait pouvoir communiquer de sa propre initiative dans les domaines relevant de sa mission, son but étant de fournir des informations objectives, fiables et facilement compréhensibles pour donner davantage confiance aux citoyens* ».

On retrouve pour l'AESA l'accent sur l'indépendance que permet la formule de l'agence, « *sur les questions techniques* », ce qui revient à « *une expertise indépendante* », approche reprise par le texte créant l'ERA (« *expertise technique indépendante* » ; « *expertise indépendante et neutre* », « *avis technique indépendant* »), ou celui mettant en place l'ECDC : « *source communautaire d'avis, d'assistance et d'expertise scientifiques indépendants* ».

Ce sont ensuite les moyens ou les dimensions de cette indépendance qui sont précisés : indépendance du directeur exécutif (ENISA, EMSA, ERA, ECHA), du financement (ENISA, EMSA, EASA), du personnel (ERA), des scientifiques recrutés (EFSA)...

Il y a en second lieu la **garantie d'expertise de haut niveau** que représente une institution spécialisée, plus facilement, peut-être, que des structures internes de la Commission européenne. C'est sous cet angle que sont présentées et justifiées, notamment, l'EFSA (« *référence scientifique* », « *grande valeur scientifique* », « *support scientifique et technique, de haute qualité* »), l'ECHA : (« *capacités scientifiques, techniques et réglementaires élevées* »), l'EMSA (« *appui technique et scientifique stable et d'un niveau hautement spécialisé* ») ou l'EMEA (« *évaluation scientifique ... du plus haut niveau possible* »). C'est également très net dans la proposition de la Commission ayant conduit à la création de l'ERA, soulignant que « *la spécialisation et*

(185) Les références suivantes renvoient aux règlements de création des agences évoquées.

l'expertise requises ne plaident pas en faveur d'un engagement direct des services de la Commission. Le Livre blanc sur la gouvernance européenne rappelle que la Commission doit se concentrer sur les tâches qui lui sont conférées par les Traités, en évitant de consacrer des ressources à des activités trop techniques» (186).

Une dimension particulière consiste ici à souligner que la situation précédente n'est plus tenable compte tenu des évolutions: la «*sécurité des denrées alimentaires et des aliments pour animaux comporte une dimension scientifique et technique de plus en plus importante et complexe. La mise en place d'une Autorité européenne de sécurité des aliments, ..., doit renforcer le système actuel de support scientifique et technique qui n'est plus en mesure de faire face aux demandes croissantes qui lui sont adressées*» (187).

Un dernier argument, assez lié au précédent, consiste à mettre en valeur le *pilotage* «*centralisé*» ou *unique*, ce qui, ici, est finalement ambivalent, l'argument étant à la fois proche de celui qui revendique une autorité «*spécialisée*» et de celui qui consiste avant tout à craindre une pluralité attentatoire au fonctionnement du marché intérieur. Pour l'EMEA, cela se traduit sobrement par la précision que l'évaluation scientifique du plus haut niveau possible doit être «*unique*». Pour l'ERA, l'objectif poursuivi est systématiquement à la fois la sécurité et l'interopérabilité, ce qui explique que le texte de base, plus explicitement, précise que le travail doit être «*piloté par un organisme spécialisé*» (188). Le choix de l'Agence européenne, pour l'ECHA, est également justifié, de préférence à «*d'autres options*» sur les avantages à long terme d'une «*entité centrale*» (189). En l'occurrence, une première estimation avait conduit à envisager de confier ce rôle central au Bureau européen des substances chimiques (BESC), faisant partie du Centre commun de recherche d'Ispra avant d'arriver à la conclusion que seule une agence séparée pourrait jouer ce rôle.

B. – Une nouvelle gouvernance de la sécurité

Le recours à des agences constitue un volet caractéristique de la nouvelle gouvernance européenne, les motivations d'un tel choix participant à la fois de la méfiance pour les institutions politisées, de l'engorgement de la Commission au fur et à mesure que les prérogatives de

(186) COM(2002)23.

(187) Cons. 33.

(188) Cons. 6.

(189) Cons. 15.

la Communauté augmentent, et de la faveur pour des méthodes d'action à la fois plus souples et plus proches des « parties prenantes » des secteurs concernés, souvent techniques.

On ne peut qu'être frappé par le fait que l'on retrouve dans ce secteur de la sécurité, au-delà de la multiplication des agences, la plupart des recettes de la nouvelle gouvernance européenne (faveur pour des démarches non contraignantes, logique d'exemplarité des « bonnes pratiques » par exemple), ce qui permet de situer ce phénomène des agences de sécurité dans un contexte encore plus large de choix délibéré d'une certaine approche pour ces problématiques.

A cet égard, deux aspects méritent d'être soulignés. D'abord, ce type de missions était jusqu'à présent pris en charge par la Commission, représentant en tant que telle un gage d'indépendance, de par sa fonction de garante de l'intérêt général commun, coopérant avec les Etats membres notamment dans le cadre de la comitologie, source d'expertise, et sous le contrôle vigilant du Parlement européen. Désormais, outre des liens souvent flous avec la Commission, la relation avec les Etats membres se fait dans une nouvelle logique dont les agences sont représentatives : ces agences inaugurent donc une nouvelle géométrie dans les relations entre l'Union et les Etats membres (1).

Il importe ensuite de se poser la question de l'adéquation de certaines caractéristiques de cette nouvelle gouvernance s'exprimant par les agences avec les enjeux de sécurité, notamment le rapprochement avec les parties prenantes (2).

1. *Une nouvelle géométrie des relations avec les Etats membres*

La question possède une double dimension. L'expertise au soutien de la réglementation européenne avait été gérée jusque là par certaines recettes institutionnelles « communautaires » (comitologie pour la prise des mesures d'exécution, et coopération pour l'information soutenant le travail de législation). Ces liens avec les Etats membres, au travers des agences, s'établissent désormais dans un autre cadre.

En second lieu, il faut voir que se pose un problème de répartition des compétences ou d'exercice des compétences, la création des agences de sécurité pouvant correspondre à une captation par l'Union européenne de missions jusque là dévolues aux Etats membres, qui plus est au titre de prérogatives traditionnelles des Etats.

a) Une nouvelle coopération avec les Etats membres

La relation avec les Etats membres reste essentielle et omniprésente pour les agences de sécurité. Elle se traduit cependant essentiellement par une logique de réseau. Les agences ont également, par leur rôle central d'animation de ces réseaux, un rôle important de diffusion d'une véritable « culture ». L'objectif, et c'est la troisième idée ici, ne consiste cependant pas véritablement à se substituer à la comitologie mais à faciliter celle-ci.

– **La logique majeure de réseau.** La formalisation varie selon les agences, d'autant que, selon les secteurs, il existait ou non, déjà, des systèmes de coopération ou des réseaux. Il est cependant clair que pour toutes ces structures, la coopération avec les autorités des Etats membres est essentielle.

L'ENISA doit *« exécuter ses tâches en totale coopération avec les Etats membres »*.

L'EMSA doit à la fois coopérer avec les Etats membres, faciliter la coopération entre les Etats membres et la Commission et favoriser *« l'établissement d'une meilleure coopération entre les Etats membres »*.

Pour l'EFSA, il est précisé que *« la coopération avec les Etats membres est... indispensable »*, qu'une *« étroite coopération de l'Autorité avec les instances compétentes des États membres est indispensable pour assurer son fonctionnement efficace. Un forum consultatif doit être créé pour conseiller le directeur exécutif, constituer un mécanisme pour l'échange d'informations et veiller au maintien d'une étroite coopération, notamment en ce qui concerne le travail en réseau. »* et la traduction se fait en termes de réseaux: réseau de laboratoires d'excellence(190), nécessité de veiller au *« maintien d'une étroite coopération, notamment en ce qui concerne le travail en réseau »*... Le règlement de base prévoyant finalement *« un système de collecte et d'analyse des données appropriées dans les domaines couverts par l'Autorité, organisé sous forme de réseau et coordonné par l'Autorité »*. Par ailleurs, le texte relève que *« les crises alimentaires récentes ont démontré la nécessité d'un système d'alerte rapide amélioré et élargi couvrant les denrées alimentaires et les aliments pour animaux. Ce système révisé doit être géré par la Commission, et les membres de son réseau doivent comprendre les États membres, la Commission et l'Autorité »*.

(190) Cons. 15.

En matière de produits chimiques, on retrouve la même logique, déclinée sur tous les tons : il convient d'assurer une bonne coopération, coordination et information entre les États membres, l'Agence (l'ECHA), d'autres organes de la Communauté, la Commission et les parties intéressées. (191) Et pour assurer une approche harmonisée en matière de restrictions, l'Agence devrait jouer un rôle de coordinateur de cette procédure (192). Il est nécessaire d'assurer une coopération étroite entre l'Agence, d'une part, et les autorités compétentes travaillant dans les États membres, d'autre part, pour que les avis scientifiques du comité d'évaluation des risques et du comité d'analyse socio-économique puissent s'appuyer sur les compétences scientifiques et techniques les plus larges possibles qui existent dans la Communauté (193). Le règlement Reach rappelle également qu'une coopération étroite entre l'Agence, la Commission et les autorités compétentes des États membres est nécessaire pour assurer la cohérence et l'efficacité du processus global de communication (194) et que pour que le système établi par le présent règlement puisse fonctionner de manière efficace, la coopération, la coordination et l'échange d'informations entre les États membres, l'Agence et la Commission en matière d'exécution devraient être de qualité (195).

Les textes relatifs à l'agence des médicaments insistent sur l'« étroite coopération entre l'agence et les scientifiques qui opèrent dans les États membres », précisant aussi qu'il « devrait également incomber à l'agence de coordonner les activités des États membres en matière de surveillance des effets indésirables des médicaments (pharmacovigilance) » ; le règlement de 2004 souligne aussi que c'est au sein même des agences, du fait de leur structure, que cette coopération peut se faire : la « structure et le fonctionnement des différents organes composant l'Agence devraient être conçus de manière à prendre en considération la nécessité d'un renouvellement constant de l'expertise scientifique, la nécessité d'une coopération entre instances communautaires et instances nationales » (196).

Pour l'OSHA, c'est particulièrement net : « il convient de mettre en œuvre un réseau constituant un système européen d'observation et de collecte d'informations sur la sécurité et la santé au travail dont

(191) Cons. 88.

(192) Cons. 90.

(193) Cons. 104.

(194) Cons. 119.

(195) Cons. 120.

(196) Cons. 18.

la coordination à l'échelle communautaire serait assurée par une Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail».

Si l'on prend les explications de la Commission ayant amené à la création de l'ERA (197), on peut lire que l'Agence s'occupera de questions relevant de la compétence communautaire puisqu'elle contribuera à la mise en œuvre de la législation communautaire. L'Agence offrira également une mise en réseau permanente des autorités nationales chargées de la sécurité ferroviaire et s'appuiera sur l'expérience de celles-ci pour mener à bien ses tâches.

Enfin, s'agissant de l'ECDC, il existait déjà des réseaux en matière épidémiologique ou de réaction rapide: depuis 1998, le **réseau européen de surveillance épidémiologique et de contrôle des maladies transmissibles** dans la Communauté (198), permettant de promouvoir une coopération et une coordination entre les Etats membres afin d'améliorer la prévention et le contrôle des maladies transmissibles. Ce système était complété par la décision 2000/57/CE de la Commission du 22 décembre 1999 concernant le **système d'alerte précoce et de réaction** (SAPR) pour la prévention et le contrôle des maladies transmissibles (199) visées par la décision précitée. En cas de crise multisectorielle la Commission pouvait aussi s'appuyer sur le système général d'alerte rapide Argus (200). Par ailleurs, un réseau des autorités compétentes a été créé, ayant pour tâche de prodiguer des conseils sur une stratégie de mise en œuvre du volet « *information et connaissances* » en matière de santé dans le cadre du programme de santé publique. L'efficacité de ce réseau, géré par la Commission et fondé sur la coopération des États membres a été considérée tout simplement insuffisante pour protéger efficacement les citoyens européens contre les menaces que représentent les maladies transmissibles et la création d'un Centre européen s'est donc avérée indispensable pour plus de cohérence et d'efficacité dans l'action communautaire. Le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies a notamment pour mission la coordination des réseaux européens opérant dans son domaine et il gère les réseaux de surveillance spécialisés.

Signalons enfin pour l'Agence de sécurité aérienne la proposition du 29 octobre 2009 de créer un réseau européen des autorités respon-

(197) COM(2002)23.

(198) Décision 2119/98/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 septembre 1998, JO n° L 268 du 3 octobre 1998.

(199) JO n° L 21 du 26 janvier 2000.

(200) Décision de la Commission modifiant son règlement intérieur, 23 décembre 2005, JO L 19 du 24 janvier 2006.

sables des enquêtes dans l'aviation civile, qui sera chargé de coordonner et de renforcer la coopération entre les États membres, la Commission et l'EASA, et d'assumer un certain nombre de fonctions centrales, telles que la coordination des activités de formation ou le partage des ressources d'investigation disponibles dans l'Union européenne.

Si l'on tente d'analyser ce phénomène, on peut relever que les domaines dans lesquels on trouve les agences de sécurité se caractérisent par leur technicité, ce qui n'a rien de très nouveau (201), il faut l'admettre, dans le cadre communautaire, mais cette question de l'accès à l'information, spécialement scientifique et technique, a dû être reconsidérée, les solutions classiques étant critiquées.

La Commission ne dispose pas, c'est souvent un constat précédant la suggestion de recourir à une agence spécialisée, des compétences scientifiques ou d'expertise nécessaires.

Dès lors, dans le cadre communautaire classique, l'accès à l'information se faisait de deux manières :

1°) La comitologie : elle est essentielle pour la prise des mesures d'exécution, la Commission étant « assistée » des comités d'experts représentant les États membres. Les agences sont présentées comme permettant de compléter ou de remplacer ce système, critiqué pour son opacité et pour les tensions qu'il induit entre le Conseil et la Commission, le problème étant certainement ici, à la base, la place prise, dans ce système, par les intérêts nationaux.

2°) Les « procédures de coopération » : un exemple est significatif, ici, et il concerne la base scientifique liée à la sécurité alimentaire. Au début des années 90, il avait été suggéré de créer une agence européenne de l'alimentation, l'idée ayant alors été rejetée comme inutile, et avait été adoptée la directive 93/5 du 25 février 1993 (assistance des États membres à la Commission et coopération entre eux en matière d'examen scientifique pour les denrées alimentaires) (202) mettant en place une procédure qualifiée de « *procédure de coopération* » (203).

(201) Le contexte serait non seulement marqué par la complexité croissante des problèmes à traiter, mais aussi par la diversité grandissante des situations à prendre en compte (élargissements de l'Union).

(202) JO n° L 52 du 4 mars 1993, p. 18. Sur cette coopération, cf. aussi décision 94/458 du 29 juin 1994, JO n° L 189 du 23 juillet 1994, p. 84) et 94/652 du 20 septembre 1994, JO n° L 253 du 29 septembre 1994, p. 29, modifiée notamment par la décision 1999 / 634 du 9 septembre 1999; JO n° L 249 du 22 septembre 1999, p. 32.

(203) Article 2 a).

Cette procédure fait état de deux types de besoins de la part de la Commission dans sa tâche : pour le bon fonctionnement du comité scientifique de l'alimentation humaine, la Communauté doit pouvoir bénéficier d'un « appui scientifique » de la part des Etats membres. La Communauté a aussi besoin d'un « support scientifique » pour d'autres questions d'intérêt public essentielles pour le fonctionnement du marché intérieur, telles que le traitement des incidents liés à la contamination des aliments, et de manière générale, lorsqu'il est nécessaire d'élaborer une nouvelle réglementation (204).

Sur la base de cette directive, la décision 94/458 de la Commission a réglé la gestion administrative de cette coopération (actualisation semestrielle de la répartition des tâches, gestion de la confidentialité...), et la décision 94/652 (205) de la Commission a établi un inventaire et une répartition des tâches (recueillir des informations, établir des rapports, constituer des archives, faire des évaluations...) entre les Etats membres, certains étant, tâche par tâche, désignés en tant que coordinateurs.

Est-il besoin de souligner que les crises alimentaires des années 90 n'ont pu, logiquement, que faire ressurgir l'idée, qui avait été rejetée dix ans plus tôt, de l'Agence européenne ?

Dans un autre registre, les questions de sécurité posent des problèmes de normalisation qui, dans un contexte de libéralisation avaient pu être gérés par des solutions externes. Lorsque celles-ci s'avèrent insuffisantes, le recours à l'agence s'impose. Par exemple, en matière ferroviaire, la mise en œuvre des directives 96/48/CE et 2001/16/CE sur l'interopérabilité reposait sur des mandats ponctuels confiés à l'Association Européenne pour l'Interopérabilité Ferroviaire (AEIF). La Commission a justifié la création de l'ERA en indiquant que cette formule était adaptée au lancement du processus mais devait désormais évoluer vers une solution plus permanente et associant un nombre élargi d'acteurs.

– **La logique de culture.** Cette dimension d'animation d'un réseau se double parfois explicitement d'une mission moins institutionnelle mais culturelle : diffuser une culture de la sécurité homogène. On

(204) Le préambule de la directive est explicite : « pour assurer la réalisation de ces tâches, la Commission doit pouvoir bénéficier des informations et de l'assistance disponibles dans les Etats membres grâce à une coopération ». La suite du préambule est également limpide quant à l'aspect déclinaison de l'article 10 CE, ex-article 5, même s'il n'est pas mentionné : « les Etats membres prennent, dans les limites de leurs ressources, toutes les mesures nécessaires, y compris des mesures financières, pour permettre à leurs autorités et organismes compétents de coopérer avec la Commission et de lui apporter l'assistance nécessaire pour l'examen scientifique des questions d'intérêt public liées aux denrées alimentaires ».

(205) Décisions précitées.

retrouve cela par exemple pour l'ENISA : outre la contribution à un niveau élevé de sécurité des réseaux et de l'information, le règlement de création identifie comme tâche celle de « *favoriser l'émergence d'une culture de la sécurité des réseaux et de l'information* » (206), ce que la proposition de 2007 renforce encore, parlant de « *principal objet* ». L'ERA, quant à elle, sur la même ligne, doit contribuer « *au développement d'une véritable culture ferroviaire européenne* » (207).

Dans une logique de nouvelle gouvernance, on peut relever l'association parfois faite avec un rôle d'animation dans la diffusion des meilleures pratiques. C'est le cas pour l'ENISA, pour les meilleures pratiques en matière d'évaluation des risques, l'Agence fournissant aussi des conseils sur les meilleures pratiques en matière de sensibilisation et de formation. De même, l'EMSA « *développe et diffuse les meilleures pratiques dans la Communauté* » (208) et l'ECDC doit, notamment en matière de programmes de vaccination « *encourager l'échanges des meilleures pratiques* » (209).

– **La « facilitation » des relations dans l'articulation de la politique du risque.** Nous verrons, au titre du bilan, que ce dernier est assez mitigé quant à l'EFSA, mais il est indéniable qu'un des objectifs, à la fois de la mise en place d'un réseau, et encore plus de la diffusion d'une culture commune, vise à désamorcer le passage inévitable par des procédures de prise de décision impliquant une confrontation entre des propositions de la Commission et un avis de comités de représentants nationaux susceptibles de transférer provisoirement le pouvoir de décision au Conseil. La spécificité des problèmes de sécurité, exacerbant les réflexes de protection, et donc de protection nationale, la montée des doutes liés à des technologies toujours plus avancées et déconcertantes à certains égards, et le nombre toujours plus importants d'Etats membres ne peut que faire craindre des situations conflictuelles que la mise en réseau et le partage d'une culture commune auraient dû atténuer.

b) Une nouvelle répartition des compétences

Assurer la sécurité, au sens de la sécurité des personnes et des biens, est une des prérogatives traditionnelles de l'Etat. Le principe apparaît clairement dans certains actes communautaires selon lesquels, par

(206) Cons. 15.

(207) Cons. 7.

(208) Cons. 5.

(209) Cons. 8.

exemple, « *il incombe aux États membres d'assurer, sur leur territoire, la sécurité et la santé des personnes* (210) ».

Dès lors, on voit que l'apparition de ce bouquet d'agences de sécurité doit aussi être appréhendé sous l'angle de la répartition des compétences, ou de la régulation de l'exercice des compétences partagées. On énoncera ici deux idées :

– Il y a d'abord une sorte de **désarmement du principe de subsidiarité** sur ces questions de sécurité. Ce principe, on le sait, permet de prouver qu'un certain objectif, dans le champ des compétences concurrentes, doit être poursuivi au niveau communautaire ou au niveau national, le critère essentiel étant celui de l'efficacité comparative, ce qui peut donner lieu à deux types de démonstrations : soit les États membres, à leur niveau, ne peuvent arriver à une « réalisation suffisante » du but visé, soit l'Union peut plus largement « mieux réaliser » cet objectif, en raison des effets ou de la dimension de l'action envisagée. L'intervention européenne en matière de sécurité, le plus souvent, est justifiée par deux voies : celle de la plus-value (explicitement) et celle de la réponse à la crise (plus implicitement). Ces deux voies aboutissent cependant plus à éviter qu'à trancher le débat sur la subsidiarité.

S'agissant de l'argument de la plus-value, ce sera souvent le cas et notamment avec les nouvelles compétences communautaires, en matière de santé ou de protection des consommateurs. La subsidiarité semble ici remonter de sa fonction de régulation de l'exercice des compétences à un statut de principe gouvernant la nature même de ces compétences. Compétences d'appui, de complément, elles se bornent à proposer une « plus-value », c'est à dire que la Communauté offre aux États membres un certain nombre de prestations, essentiellement dans le domaine de l'expertise technique ou de l'information. Pour ce type d'intervention que l'on retrouve pour nombre d'agences de sécurité, la gestion commune, la transversalité, la mise en commun des ressources est un gage évident d'efficacité de sorte que le problème de la pertinence du niveau d'action ne se pose même pas.

Quant au contexte de la « réponse à la crise », c'est un phénomène constant pour les problèmes de sécurité : lorsque se produit une crise ou une catastrophe majeure, on peut toujours supposer que c'est là la preuve d'une insuffisance des réponses juridiques existantes. Et la Communauté, systématiquement, a répondu aux crises et aux catas-

(210) Directive 95/16/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 juin 1995, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux ascenseurs, JO n° L 213 du 7 septembre 1995, p. 1.

trophes en intensifiant son action en matière de sécurité (211), ce qu'elle continue à faire par la voie de la création d'Agences ou d'« Autorités ». L'Autorité européenne de sécurité des aliments est à l'évidence une réponse à la crise de la vache folle et en matière de sécurité maritime, est-il besoin de rappeler que la législation européenne s'est considérablement renforcée après le naufrage de l'Erika, au point que là aussi, on parle des « paquets Erika », et que la mise en place de l'Agence européenne de sécurité maritime a été anticipée après le naufrage du Prestige?

– On peut en second lieu parler de « *captation des compétences* ». La première tendance, face à la mise en place d'une agence, conduit à examiner le réaménagement de l'exercice des compétences qu'elle illustre et provoque, par rapport au schéma « orthodoxe », ce qui focalise l'attention sur son rôle par rapport à celui de la Commission européenne. Mais on peut voir les choses sous un autre angle. Si l'on prend l'exemple de l'Agence de sécurité aérienne, l'objectif est explicite, à un double niveau. Le texte de création commence, de façon générale, à légitimer le recours à un organisme spécialisé: « *certaines missions actuellement assurées au niveau de la Communauté ou des États membres devraient être remplies par un organisme spécialisé unique* (212) » (on retrouve la même formule pour l'EMSA), avant d'être tout à fait clair: « *L'objectif général est de transférer efficacement vers l'Agence les fonctions et les tâches assumées jusqu'ici par les États membres ainsi que celles résultant de la coopération entre eux, qui est organisée par l'intermédiaire des autorités conjointes de l'aviation, sans qu'il en résulte une diminution des niveaux de sécurité* » (213). Ajoutons qu'existe une dynamique, notamment pour cette agence, le législateur communautaire ayant d'ores et déjà décidé que, à plus long terme, les attributions de l'agence seraient progressive-

(211) La catastrophe de Tchernobyl a conduit la Communauté de l'énergie atomique à renforcer le dispositif en place, avec notamment un système communautaire d'échange rapide d'informations en cas de situation d'urgence. La catastrophe de Seveso, en 1976, a été directement à l'origine des successives « directives Seveso ». Pour la politique communautaire de la santé, le traité d'Amsterdam a saisi l'occasion de développer les possibilités d'action de la Communauté à la suite de certaines crises ayant montré l'insuffisance de la protection de la sécurité des personnes au niveau national (crise du sang contaminé) ou au niveau européen (crise de la « vache folle »), d'où la possibilité pour le Conseil d'adopter, en codécision avec le Parlement européen « *des mesures fixant des normes élevées de qualité et de sécurité des organes et substances d'origine humaine, du sang et des dérivés du sang* » (art. 152 § 4 a) CE) et, « *des mesures dans les domaines vétérinaire et phytosanitaire ayant directement pour objectif la protection de la santé publique* » (art. 152 § 4 b) CE).

(212) Cons. 11.

(213) Cons. 21.

ment étendues à tous les autres domaines de la sécurité aérienne civile, notamment à l'exploitation et à l'octroi de licences aux équipages. Le règlement (CE) n° 216/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 20 février 2008, prévoit une première extension des attributions de l'agence à l'exploitation, à l'octroi de licences aux équipages et à l'autorisation des exploitants de pays tiers. On peut également signaler cette déclaration du Directeur de l'EASA devant le Parlement européen, en 2008, souhaitant « *qu'en 2013 l'Agence ait la responsabilité de la réglementation et de la standardisation de la sécurité de l'ensemble de l'aéronautique civile* ».

On peut également penser aux autorisations de mise sur le marché des médicaments, entièrement nationales, puis écartées au profit de la Commission, sur avis déterminant de l'Agence des médicaments, pour quelques types de médicaments, la liste de ces catégories s'allongeant au fil des modifications du règlement de base.

On peut donc identifier là une situation de captation de l'exercice de ces compétences, pourtant dans des domaines, on l'a dit, traditionnellement considérés comme relevant de façon naturelle ou traditionnelle des Etats, ce qui est en phase, on l'a évoqué, avec un phénomène plus général dès lors que la sécurité est invoquée, mais pour laquelle la création d'une agence peut « faciliter » les choses, le transfert étant plus acceptable que s'il se faisait au profit de la seule Commission européenne. La Commission le reconnaît dans sa communication de 2008 (214) : les agences « *permettent de centraliser des compétences à l'échelle européenne, un procédé qui susciterait l'hostilité dès lors que ces compétences seraient concentrées au sein des institutions elles-mêmes* ».

2. La recherche d'implication des parties prenantes

On retrouve pour ces agences de sécurité la mise en valeur d'atouts traditionnels appuyant la formule même de l'agence, comme les bienfaits du lien avec les parties prenantes ou encore la possibilité de souplesse. Ces atouts généraux, cependant, peuvent apparaître comme problématiques s'agissant d'enjeux de sécurité. On se limitera à la question du lien avec les parties prenantes (215).

(214) Agences européennes- Orientations pour l'avenir, COM(2008)135.

(215) Pour la mise en valeur des possibilités de souplesse offertes par les agences, cf. notamment les règlements ayant créé l'ENISA (cons. 23), ou l'Agence européenne de la sécurité aérienne (cons. 8).

L'établissement de liens privilégiés avec les partenaires du secteur privé impliqués dans le domaine abordé est indéniable. C'est ce que permettrait la formule de l'agence, de façon plus efficace et plus simple que si l'on avait conservé un mode d'action européenne classique, inscrit dans les structures du système institutionnel de l'Union (concrètement : compétence de services de la Commission européenne).

On peut ici se référer, par exemple, au texte créant l'ENISA, soulignant que l'« *Agence devrait être ouverte à tout contact avec les entreprises et les autres parties concernées* (216) », ou relevant que les « *réseaux électroniques étant dans une large mesure détenus par le secteur privé, l'Agence devrait s'appuyer sur les informations fournies par celui-ci et travailler en coopération avec lui* » (217). Pour l'Agence de sécurité maritime, il s'agit de « *faire en sorte que les secteurs les plus concernés soient étroitement associés aux travaux de l'Agence* » (218). S'agissant de l'Agence ferroviaire européenne, « *il convient que l'Agence ... constitue un outil essentiel de dialogue, de concertation et d'échanges entre tous les acteurs du monde ferroviaire* » (219). Pour l'Agence européenne des médicaments, « *la structure et le fonctionnement des différents organes composant l'Agence devraient être conçus de manière à prendre en considération ... la nécessité d'une participation suffisante de la société civile. Les différentes instances de l'Agence devraient instaurer et développer les contacts nécessaires avec les parties concernées, en particulier avec les représentants des patients et des professionnels de santé* » (220).

Se pose alors la question de savoir comment l'architecture institutionnelle des agences permet de concrétiser cette implication et il faut admettre que la prudence semble de mise. On trouve en effet, au-delà de certains phénomènes ponctuels comme l'appel à des experts du secteur privé ou la demande d'avis au secteur privé (221), deux sortes de solutions.

Il y a d'abord la mise en place d'une structure consultative. Par exemple, pour l'ENISA, notons la suggestion de créer un « *groupe permanent des parties prenantes* » qui serait utile pour maintenir « *un dialogue régulier avec le secteur privé, les organisations de consommateurs et d'autres parties intéressées* » (222). Dans le cadre de l'EFSA,

(216) Cons. 11.

(217) *Id.*

(218) Cons. 9.

(219) Cons. 7.

(220) Cons. 18.

(221) Cf. par exemple le règlement créant l'ENISA, cons. 24.

(222) *Ibid.*, cons. 22.

c'est une « *plate-forme des parties intéressées* », composée d'organisations travaillant dans des domaines concernant la chaîne alimentaire, qui se réunit trois fois par an et constitue un organe consultatif permanent.

C'est, ailleurs, dans le cadre du Conseil d'administration de l'Agence que l'on trouve cette représentation, parfois sans droit de vote (EMSA, ERA), mais s'agissant par exemple de l'EFSA, officiellement, les membres du Conseil d'administration étant censés représenter l'intérêt général et non des intérêts corporatifs, leur appartenance à tel ou tel groupe d'intérêt (223) n'est prise en considération qu'en tant que gage d'expérience, l'impasse étant faite sur les risques d'influence.

Si c'est là, *a priori*, une sorte de procès d'intention, une inquiétude, il appartient à une démarche de bilan, justement consacrée à l'EFSA, de faire la lumière sur cette question.

(223) Siègent par exemple au Conseil d'administration de l'EFSA le Directeur général de la Fédération allemande de l'industrie agro-alimentaire (BVE), un membre de la Fédération internationale de producteurs agricoles, un membre ayant travaillé pour les groupes Danone, Nestlé et Carrefour, ou un autre membre lié à l'entreprise Unilever.

II. – BILAN PARTICULIER DE L'AUTORITÉ EUROPÉENNE DE SÉCURITÉ DES ALIMENTS

L'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), organisme décentralisé de l'Union créé par le règlement (CE) n° 178/2002, du 28 janvier 2002 (224), apparaît comme une pièce maîtresse de la législation alimentaire telle que révisée en 2002. Elle est très représentative de ces agences qui ont été créées pour répondre à un objectif de sécurité afin de mieux protéger le citoyen-consommateur. Elle a en effet pour responsabilité principale de délivrer des avis scientifiques indépendants et de fournir une assistance scientifique et technique à la Commission dans tous les domaines ayant un impact direct ou indirect sur la sécurité des denrées alimentaires et des aliments pour animaux. Supposée devenir «*la référence scientifique pour l'ensemble de l'Union*» (225), l'EFSA a pourtant été contestée ces dernières années principalement dans la procédure de délivrance de ses avis scientifiques en matière

(224) Règlement n° 178/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2002, établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité alimentaire, *précité*.

(225) Livre blanc sur la sécurité alimentaire Com (99) 719 du 12 janvier 2000.

d'OGM au point que des pistes de réflexion ont été lancées(226), dès 2006, afin d'améliorer la procédure d'autorisation de mise sur le marché dans ce domaine pour garantir le haut niveau de protection de la santé publique et de sécurité qui est recherché dans le domaine alimentaire.

Afin de dresser un bilan de l'apport de l'EFSA en matière de sécurité alimentaire, il convient donc de s'interroger sur ses méthodes d'intervention dans les domaines dans lesquels elle est amenée à fournir des avis scientifiques, afin d'apprécier le caractère objectif et transparent de l'évaluation qu'elle réalise (A). Plus largement ce questionnement nous amènera à rechercher si l'origine d'éventuels dysfonctionnements constatés n'est pas imputable, pour partie du moins, aux règles de fonctionnement même de l'Agence (B).

A. – *Le rôle de l'EFSA dans l'évaluation scientifique des risques.*

Si l'EFSA s'acquitte de sa tâche d'évaluation des risques sans que son expertise soit remise en cause dans la plupart des domaines de la législation alimentaire où son avis est requis (1), les critiques se multiplient, en revanche, face à ses avis systématiquement favorables, jusqu'à ce jour, en matière d'autorisation de mise sur le marché d'OGM (2).

1. Le rôle d'avis de l'EFSA prévu dans la législation alimentaire (227)

La réglementation européenne repose sur l'analyse des risques qui comporte trois volets : l'évaluation des risques (EFSA), la gestion des risques (institutions de l'Union ou plus largement responsables politiques) et la communication des risques (EFSA). Seule la première phase retiendra ici plus particulièrement notre attention. L'EFSA peut agir *ex officio*, ce pouvoir d'auto-saisine contribuant à son indépendance même s'il est en pratique exercé rarement par l'Agence. Le plus souvent, l'EFSA est saisie de demandes émanant de la Commission mais elle peut aussi être saisie par le Parlement européen ou par les Etats membres (228). Nous nous intéresserons plus particulièrement aux cas où l'EFSA est amenée non pas à répondre à une demande d'avis adressée sur une base volontaire mais aux cas où son intervention est prévue par la législation

(226) Celles-ci devraient aboutir à des propositions formelles de la Commission en mars 2010.

(227) En dehors du domaine des OGM qui sera examiné ci-après.

(228) Le règlement (CE) n° 178/2002 précise les cas dans lesquels l'Autorité peut refuser de rendre un avis scientifique (art. 29 §2 et 4 du règlement) tandis que des nouvelles hypothèses de refus de demandes d'avis ont été prévues dans le règlement n° 1304/2003 de la Commission du 11 juillet 2003.

européenne. En effet, les risques que présentent différentes substances (arômes, additifs, matériaux en contacts avec des aliments, pesticides, OGM...) doivent être évalués sur une base harmonisée et cohérente, ce qui justifie que cette phase d'évaluation soit confiée à l'EFSA. Les avis que délivre l'Agence serviront de base à l'élaboration et à l'adoption de mesures européennes dans les différents domaines relevant de sa mission.

Les modalités d'intervention scientifique de l'EFSA sont fixées dans la réglementation communautaire verticale. Ces législations régissant l'évaluation scientifique de substances, de produits ou de procédés soumis à un système d'autorisation préalable ou d'inscription sur une liste positive, prévoient des procédures spécifiques pour saisir l'Autorité pour avis sur les dossiers d'autorisation. Certaines d'entre elles autorisent expressément la Commission (parfois conjointement avec l'EFSA) à établir des lignes directrices à suivre lors de l'évaluation. Le règlement (CE) n° 1304/2003 de la Commission (229), du 11 juillet 2003, sur la procédure appliquée par l'Autorité européenne de sécurité des aliments aux demandes d'avis scientifiques dont elle est saisie, s'applique donc sans préjudice des procédures spécifiques fixées dans la réglementation verticale. Il prévoit notamment que les avis demandés à l'Autorité doivent être délivrés dans des délais assurant la fiabilité du processus de délivrance des avis et fixe à cet effet les modalités en matière de délais et les modalités à suivre en cas d'urgence.

Au sein de l'EFSA, huit groupes scientifiques, « chapeautés » par le Comité scientifique responsable de la coordination générale, sont chargés de l'évaluation scientifique ; il s'agit du groupe sur les additifs alimentaires, les arômes, les auxiliaires technologiques et les matériaux en contact avec les aliments (ACT), du groupe sur les additifs et produits ou substances utilisés en alimentation animale (FEE-DAP), du groupe de la santé des plantes, des produits phytopharmaceutiques et leurs résidus (PPR), du groupe sur les OGM (GMO), du groupe sur les produits diététiques, la nutrition et les allergies (NDA), du groupe sur les risques biologiques (BIOHAZ), du groupe sur les contaminants de la chaîne alimentaire (CONTAM), et du groupe sur la santé animale et le bien être des animaux (AHAW). Ces groupes sont chargés dans leurs domaines de compétence respectifs de fournir les avis scientifiques de l'Autorité (art. 28 § 1 du règlement).

(229) Règlement (CE) n° 1304 de la Commission, du 11 juillet 2003, sur la procédure appliquée par l'Autorité européenne de sécurité des aliments aux demandes d'avis scientifiques dont elle est saisie, *JO* n° L 185 du 24 juillet 2003, p. 6.

Il n'est pas possible de donner ici un aperçu de l'ensemble des règlements ou directives au titre desquels l'EFSA est invitée à fournir des avis scientifiques, on se contentera donc de mentionner quelques exemples. Ainsi, le règlement (CE) n° 1924/2006, du 20 décembre 2006, dans le domaine des allégations nutritionnelles et de santé (230); le règlement (CE) 1831/2003, du 22 septembre 2003, relatif aux additifs destinés à l'alimentation des animaux (231); le règlement (CE) n° 1881/2006 de la Commission portant fixation des teneurs maximales pour certains contaminants dans les denrées alimentaires (232); ou encore, le règlement (CE) n° 1331/2008, du 16 décembre 2008, qui institue pour les additifs, les enzymes et les arômes alimentaires une procédure d'autorisation unique (233) dont les critères et les exigences harmonisés relatifs à l'évaluation (faisant intervenir l'EFSA) et à l'autorisation de ces substances ont été définis par trois règlements (234) du même jour.

La procédure suivie pour l'autorisation de mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques régie par la directive 91/414 du Conseil, du 15 juillet 1991 (235), a été à l'origine de nombreuses demandes d'autorisation et mérite qu'on s'y attarde quelque peu dans la mesure où le souhait a été émis par un certain nombre d'Etats (souhait relayé par le Conseil des ministres de l'environnement qui s'est tenu en décembre 2008) de calquer la procédure concernant les plantes génétiquement

(230) Règlement (CE) n° 1924/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 20 décembre 2006, concernant les allégations nutritionnelles et de santé (JO n° L 404 du 30 décembre 2006, p. 9) modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n° 116/2010 de la Commission, du 9 février 2010, prévoit que «*la Commission statue sur l'autorisation de l'allégation de santé en tenant compte de l'avis de l'EFSA*» (cons. 5). On trouve une illustration d'octroi ou de refus d'autorisation d'utilisation d'allégations de santé dans le règlement (CE) n° 983/2009 de la Commission, du 21 octobre 2009, concernant l'autorisation et le refus d'autorisation de certaines allégations de santé portant sur les denrées alimentaires et faisant référence à la réduction du risque de maladie ainsi qu'au développement et à la santé infantiles (JO n° L 277 du 22 octobre 2010, p. 3).

(231) Règlement (CE) n° 1831/2003, du 22 septembre 2003 (JO n° L 268 du 18 octobre 2003, p. 29). Pour une illustration voir le règlement (UE) n° 107/2010 de la Commission, du 8 février 2010, autorisant le *Bacillus subtilis* en tant qu'additif pour l'alimentation des poulets d'élevage (dans son avis du 15 septembre 2009 l'EFSA a considéré que cet additif n'avait pas d'effet néfaste sur la santé humaine, animale ou l'environnement et que son utilisation peut améliorer les performances des animaux).

(232) JO n° L 364 du 20 décembre 2006, p. 5. Exemple: le règlement (UE) n° 105/2010, du 5 février 2010, de la Commission modifiant le règlement n° 1881/2006 portant fixation des teneurs maximales pour certains contaminants dans les denrées alimentaires en ce qui concerne l'ochratoxine A (JO n° L 35 du 6 février 2010, p. 6).

(233) JO n° L 354 du 31 décembre 2008, p. 1.

(234) Règlement (CE) n° 1332/2008 concernant les enzymes du 16 décembre 2008 (JO n° L 354 du 31 décembre, p. 7); règlement (CE) n° 1333/2008 sur les additifs alimentaires (JO n° L 354 du 31 décembre, p. 16); règlement (CE) n° 1334 sur les arômes et certains ingrédients alimentaires possédant des propriétés aromatisantes destinés à être utilisés dans et sur les denrées alimentaires (JO n° L 354 du 31 décembre 2008, p. 34). Une réunion de travail sur l'établissement de lignes directrices a eu lieu le 4 mars 2010.

(235) JO n° L 230 du 19 août 1991, p. 1.

modifiées (PGM) sur la procédure suivie pour les produits phytosanitaires. Selon la directive 91/414 (modifiée à plusieurs reprises), depuis 2003, les questions d'évaluation des risques sont traitées par l'Autorité européenne de sécurité des aliments, tandis que la Commission reste compétente pour prendre la décision en matière de gestion des risques (236). Cette directive sera abrogée le 14 juin 2011 et remplacée par un règlement n° 1107/2009, du 21 octobre 2009 (237), qui prévoit des règles harmonisées pour l'approbation des substances actives et la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques. Ce règlement fixe des critères d'approbation des substances actives portant sur « l'efficacité de la substance, sa composition, ses caractéristiques, les méthodes d'analyse disponibles, l'incidence sur la santé humaine et l'environnement, l'écotoxicologie, l'importance des métabolites et des résidus... ». La décision concernant l'acceptabilité ou non de ces substances est prise sur la base de ces critères harmonisés et, afin de garantir la cohérence de l'évaluation, le règlement précise qu'il convient « qu'une étude scientifique indépendante soit réalisée par l'Autorité européenne de sécurité des aliments... »

La procédure fait donc intervenir l'Autorité européenne de sécurité des aliments amenée à fournir un avis scientifique (238) et la Commission qui présente un « rapport d'examen » et un projet de règlement au Comité permanent de la chaîne alimentaire et de l'alimentation animale en tenant compte du projet de rapport d'évaluation établi par l'Etat membre rapporteur (Etat sur le territoire duquel le produit sera commercialisé pour la première fois) et des conclusions adoptées par l'Autorité (art. 13). Un règlement est ensuite adopté selon la procédure du Comité de réglementation « compte tenu du rapport d'examen, d'autres facteurs légitimes et du principe de précaution... ». Les subs-

(236) La Commission a adopté la décision 2007/387/CE concernant la non-inscription du dichlorvos à l'annexe I de la directive 91/414 et le retrait des autorisations de produits phytopharmaceutiques contenant cette substance. Les motifs de non-inscription étant que « Un certain nombre de préoccupations ont été mises en avant au cours de l'évaluation de cette substance active. En particulier, sur la base des données toxicologiques disponibles et compte tenu des incertitudes liées aux propriétés génotoxiques et cancérigènes de la substance ainsi que de la médiocre qualité d'ensemble du dossier, il n'a pas été démontré que l'exposition estimée des opérateurs, des travailleurs et des personnes présentes était acceptable ».

(237) JO n° L 309 du 24 novembre 2009, p. 1.

(238) Pour le détail de la procédure concernant l'approbation d'une substance active voir les articles 7 à 13. Il résulte d'un arrêt du Tribunal du 19 novembre 2009, *Denka International c/ Commission*, aff. T-334/07, que dans le cadre de la procédure prévue par le règlement n° 451/2000 l'avis formulé par le groupe SPR, qui intervient dans le cas où l'évaluation d'une substance active pose problème, ne constitue pas l'avis de l'EFSA dans son ensemble. L'avis lie l'EFSA pour les questions sur lesquelles le groupe a été consulté mais sans préjudice de l'évaluation générale du risque présenté par la substance qui relève de l'EFSA.

tances actives approuvées sont inscrites dans le règlement contenant la liste des substances approuvées.

En revanche la délivrance des autorisations de mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques reste de la compétence des États membres (239).

Les procédures suivies sont sensiblement différentes en matière de délivrance d'avis dans le cadre des OGM, les avis rendus par l'EFSA étant systématiquement favorables.

2. Le rôle de l'EFSA dans la délivrance d'avis scientifiques en matière d'OGM

La Communauté européenne a adopté, pour l'autorisation des OGM, un cadre juridique global visant à assurer un niveau élevé de protection de l'environnement et de la santé humaine et animale à l'égard des risques potentiels que présentent les OGM en tenant compte du principe de précaution, ce principe figurant expressément dans la réglementation. Les OGM et en particulier la culture des plantes génétiquement modifiées font l'objet de débats et suscitent des interrogations au sein de la communauté scientifique et dans la société quant aux incidences qu'ils pourraient avoir sur la santé, l'environnement et les écosystèmes. A ce titre, la question est particulièrement représentative de la problématique même de l'action de ces agences vis-à-vis des problèmes de sécurité.

Deux textes sont essentiels en la matière: d'une part, la directive 2001/18 du 12 mars 2001 (240) qui concerne la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement et, d'autre part, le règlement (CE) n° 1829/2003 (241) relatif aux denrées alimentaires génétiquement modifiées. Les principes à la base de la directive 2001/18 et du règlement n° 1829/2003 sont similaires – c'est-à-dire éviter des obstacles injustifiés à la libre circulation des produits transgéniques tout en assurant la protection de la santé et de l'environnement – mais les procédures de délivrance d'autorisation sont quant à elles de natures différentes et dépendent de l'instrument juridique en application duquel elles ont été

(239) Chapitre 3 du règlement, article 28 et suivants. Selon l'article 1, paragraphe 4, les États membres ne sont pas empêchés d'appliquer le principe de précaution lorsqu'il existe une incertitude scientifique quant aux risques concernant la santé humaine ou animale ou l'environnement que représentent les produits phytopharmaceutiques devant être autorisés sur leur territoire.

(240) Directive 2001/18 du Parlement européen et du Conseil, du 12 mars 2001, relative à la dissémination d'OGM dans l'environnement et abrogeant la directive 90/220/CEE du Conseil, JO n° L 106 du 17 avril 2001, p. 1 (en vigueur depuis le 17 octobre 2002).

(241) Règlement (CE) 1829/2003, JO n° L 268 du 18 octobre 2003, p. 1. Ce règlement est complété par le règlement n° 1830/2003 concernant les exigences d'étiquetage et de traçabilité.

introduites (242). Le rôle de l'EFSA étant essentiel en ce domaine, un rapide rappel de la procédure semble s'imposer.

La directive 2001/18 met en place une procédure détaillée qui doit être suivie par le notifiant lequel doit procéder à l'évaluation des risques selon des indications figurant à l'annexe II de la directive (243). L'autorité nationale compétente examine si l'évaluation effectuée par le notifiant est satisfaisante et évalue elle-même les effets que la dissémination est susceptible d'avoir pour la santé et l'environnement. Le rapport d'évaluation indique si l'OGM doit ou non être mis sur le marché et si oui à quelles conditions (art. 14 § 3). En cas de rapport négatif la demande est rejetée. S'il est positif il est envoyé à la Commission qui le transmet aux autres Etats membres et le met à disposition du public (art. 24 § 1). En l'absence d'objection, de la part d'un autre Etat membre ou de la Commission, c'est l'autorité nationale qui adopte la décision permettant la mise sur le marché du produit et en informe la Commission et les Etats membres (des conditions à la dissémination peuvent être imposées pour contrôler les éventuels risques identifiés lors de l'évaluation).

La phase communautaire n'est pas systématique, et ne s'ouvre qu'en cas d'objection de la part d'un Etat membre à la mise sur le marché de l'OGM, impliquant une nouvelle évaluation scientifique réalisée par l'EFSA (art. 28 § 1). La Commission soumet un projet de décision au Comité sur la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement qui se prononce à la majorité qualifiée; à défaut d'accord du Comité (à la majorité qualifiée), le Conseil est amené à décider à la majorité qualifiée et s'il n'y parvient pas il appartient à la Commission d'adopter la décision finale.

Le règlement n° 1829/2003 se distingue de la directive par une « communautarisation » de la procédure étendue à la phase d'évaluation des risques. Le premier acteur reste le demandeur. Il est chargé de l'évaluation de l'innocuité de l'aliment qu'il entend commercialiser. Il doit apporter la preuve, par la réalisation d'études jointes à la demande,

(242) Pour une étude exhaustive voir S. MAHIEU; « Le contrôle des risques dans la réglementation européenne relative aux OGM: vers un système conciliateur et participatif » in P. NIHOUL et S. MAHIEU (dir), *La Sécurité alimentaire et la réglementation des OGM, Perspectives nationale, européenne et internationale*, Bruxelles, Larcier, 2005. Ou encore S. MAHIEU et P. NIHOUL, « La réglementation applicable aux OGM dans l'Union européenne », *JTDE* n° 111, septembre 2004, p. 193.

(243) « Les Etats membres et le cas échéant la Commission veillent à ce que soit effectuée au cas par cas, « une évaluation précise des effets néfastes potentiels sur la santé humaine et l'environnement, susceptible de découler directement ou indirectement du transfert de gènes d'OGM à d'autres organismes [...] » (art. 4 § 3).

de l'absence d'effets négatifs notamment pour la santé. L'aliment génétiquement modifié doit satisfaire aux exigences matérielles de sécurité fixées par le règlement (art. 4 § 1 et 3).

La demande ne fait que « transiter » par l'autorité nationale compétente. L'EFSA est directement informée et c'est à elle qu'il appartient de donner son avis scientifique sur une demande d'autorisation, dans les six mois suivant la réception d'une demande valable. Pour élaborer son avis, l'autorité transmet au laboratoire communautaire de référence (visé à l'art. 32) la méthode de détection et d'identification proposée par le demandeur afin qu'elle soit validée (art. 6 § 3 d).

L'EFSA transmet son avis à la Commission, aux Etats membres et au demandeur et la phase communautaire est directement enclenchée. Dans un délai de trois mois suivant la réception de l'avis de l'autorité, la Commission soumet au comité permanent de la chaîne alimentaire et de la santé animale composé de représentants des Etats membres (244) un projet de décision (245) concernant la demande, tenant compte de l'avis de l'autorité, de toute disposition pertinente de la législation communautaire et « d'autres facteurs légitimes » (c'est-à-dire les facteurs sociétaux économiques, éthiques et environnementaux ainsi que la faisabilité des contrôles, le principe de précaution...). La suite de la procédure est identique à celle examinée précédemment.

Une décision récente de la Commission du 30 décembre 2009 autorisant la mise sur le marché de produits contenant du maïs génétiquement modifié MIR 604 (246) consistant en ce maïs ou produits à partir de celui-ci, en application du règlement n° 1923/2003 du Parlement européen et du Conseil permettra d'illustrer concrètement la procédure suivie.

La demande concernant le maïs MIR 604 a été soumise (le 23 décembre 2004) aux autorités compétentes du Royaume-Uni par Syngenta Seeds SAS. L'EFSA a rendu (le 21 juillet 2009) un avis favorable précisant « *qu'il était improbable que la mise sur le marché des produits contenant du maïs MIR 604, consistant en ce maïs ou produits à partir de celui-ci ait des effets indésirables sur la santé humaine ou animale ou sur l'environnement pour les utilisations prévues* ». Dans son avis l'EFSA

(244) Ce Comité remplace le Comité vétérinaire permanent, le comité permanent des denrées alimentaires le comité permanent de l'alimentation des animaux et le Comité phytosanitaire qui intervenaient pour la mise sur le marché des produits génétiquement modifiés.

(245) Voir sur cette procédure l'article 5 de la décision 1999/468/CE du Conseil fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, JO n° L 184 du 17 juillet 1999, p. 23).

(246) Il s'agit d'un maïs BT qui produit un insecticide (la protéine Cry 3 A) contre certains parasites de l'ordre des coléoptères JO n° L 314 du 1^{er} décembre 2009.

« a tenu compte de l'ensemble des questions et préoccupations spécifiques exprimées par les Etats membres lors de la consultation des autorités nationales compétentes. Une étude de toxicité alimentaire subchronique (90 jours) n'a révélé aucun signe d'effet nocif chez des rats recevant dans leur alimentation des grains de maïs MIR604. De plus, une étude par administration dans l'alimentation à des poulets de chair a fourni des preuves de l'équivalence nutritionnelle du maïs MIR604 et du maïs classique. Ces études étayaient donc la conclusion de la comparaison de la composition et des caractéristiques agronomiques, selon laquelle la modification génétique n'a pas eu d'effets non spécifiquement recherchés » (247).

« Le Comité permanent de la chaîne alimentaire et de la santé animale, saisi d'une proposition de la Commission en faveur de la mise sur le marché, n'a pas émis d'avis dans le délai fixé par son Président » (cons. 13).

« Le Conseil n'ayant pu parvenir lors de sa réunion du 20 novembre à une décision à la majorité qualifiée (248) pour ou contre la proposition [...]. Il appartient dès lors à la Commission d'adopter les mesures proposées » (cons. 14).

Cette procédure qui se caractérise par un avis favorable de l'EFSA, une proposition en faveur de la mise sur le marché de la Commission, l'absence de majorité qualifiée lors de l'examen de la proposition au sein du Comité réglementaire suivie par l'absence d'une même majorité au sein du Conseil des ministres en faveur ou contre la proposition de la Commission puis, finalement la prise de décision définitive autorisant la mise sur le marché par celle-ci est le « schéma type » qui caractérise toute demande d'autorisation de mise sur le marché des OGM. On comprend dès lors toute l'importance de l'avis de l'EFSA. Celui-ci n'a pas en soi de caractère contraignant, en effet même si le règlement n° 1829/2003 précise que les institutions communautaires « tiennent compte » de l'avis de l'EFSA lors de la rédaction d'une mesure communautaire, il n'est pas précisé qu'elles sont liées par cet avis, mais en pratique la Commission suit cet avis et doit même, dans le cadre du règlement n° 1829/2003 (art. 7) concernant les denrées alimentaires génétiquement modifiées, justifier les raisons pour lesquelles elle s'écarterait de l'avis de l'EFSA.

(247) On remarquera qu'ici une étude de toxicité alimentaire a été effectuée.

(248) Douze Etats membres (171 voix contre 345) ont voté en faveur de la proposition d'autorisation, treize Etats membres ont voté contre la proposition d'autorisation et deux Etats membres (France et Irlande) se sont abstenus.

Plusieurs reproches ont été adressés aux évaluations effectuées par l'EFSA. Tout d'abord, des doutes quant à l'indépendance réelle de l'Agence sont de plus en plus souvent exprimés dans la mesure où les membres de l'EFSA peuvent avoir conservé des liens étroits avec le secteur industriel. Certes un système de « déclaration d'intérêt » est mis en place par le règlement n° 178/2002 instituant l'Agence (249) mais il ne semble pas suffisant pour garantir une complète indépendance, les déclarations d'intérêts étant spontanées. Ainsi le premier panel OGM se composait de scientifiques dont certains avaient participé à des actions de promotion de Monsanto, Syngenta et d'autres entreprises, ce qui a jeté la suspicion sur les évaluations qui ont pu être effectuées. Par ailleurs, la démission fin 2008 de la directrice du groupe OGM de l'EFSA (Suzy Renckens) et son embauche par la société Syngenta, de même que le rôle de coordinateur d'Entransfood du directeur scientifique de l'Agence, Harry Kuiper ont contribué à jeter le discrédit sur l'indépendance des membres de celle-ci et le caractère peut-être peu objectif de l'évaluation réalisée.

D'autres critiques, fondamentales, tiennent à la méthode d'évaluation utilisée par l'EFSA : la première concerne une application contestable du concept dit « d'équivalence substantielle », la deuxième est liée à une absence de prise en compte de l'impact potentiel sur la santé humaine et animale et sur l'environnement.

a) L'application du principe de l'équivalence en substance par l'EFSA

Ce principe consiste à évaluer les risques liés à une plante génétiquement modifiée (PGM) en la comparant à sa contrepartie non génétiquement modifiée. La composition moléculaire d'une plante transgénique va donc être comparée à celle de la même plante non transgénique. Si, à l'exception du caractère induit par le transgène, aucune différence n'est observée, alors les deux plantes sont dites « équivalentes en substance ». Si, en revanche, des différences apparaissent, elles ne sont pas « équivalentes ». Cette procédure est celle qui est suivie aux Etats-Unis où la régulation des OGM est faite en termes de « produits » et non en termes de « processus de production », démarche qui a été choisie en Europe. L'approche américaine apparaît plus souple, les autorités américaines étant d'avis que les aliments transgéniques sont généralement

(249) L'article 37 prévoit que « les membres du Conseil d'administration, le directeur exécutif, les membres du forum exécutif, les membres du Comité scientifique et des groupes scientifiques ainsi que les experts externes participant à leurs groupes de travail, déclarent lors de chaque réunion les intérêts qui pourraient être considérés comme préjudiciables par rapport aux points à l'ordre du jour ».

sûrs et ne sont pas fondamentalement différents des autres produits alimentaires (250). L'Union européenne a cependant fait le choix d'aller plus loin que les Etats-Unis en exigeant divers éléments complémentaires; notamment des études sur les conséquences fonctionnelles de la modification génétique et des études de toxicité de la plante entière mais ces exigences ne sont pas systématiques, ne semblant notamment pas appliquées aux plantes hybrides, contenant plusieurs événements transgéniques tels que le maïs GM 1507*NK 603, plante GM combinée issue du croisement de deux plantes génétiquement modifiées. L'EFSA a estimé concernant ce dernier maïs que « *la caractérisation moléculaire de ce maïs n'a révélé aucun changement inattendu et qu'une étude de toxicité sur les rats avec des graines de maïs 1507*NK603 n'est pas nécessaire pour conclure que le maïs est aussi sûr pour la santé humaine que le maïs conventionnel* ». La même analyse a été effectuée concernant le maïs MON 863 * MON 810 *NK 603 destiné à l'alimentation humaine et animale. L'EFSA n'exige donc pas d'analyse de toxicologie dans le cas où l'équivalence entre une PGM et sa version non GM est démontrée.

De la même façon, à propos des denrées alimentaires génétiquement modifiées, dans un avis du Panel « GMO » sur l'évaluation de la sécurité et de la valeur nutritionnelle des aliments GM (251) de mars 2008, l'EFSA estime que « *la conduite d'expérience d'alimentation sur animaux avec des rongeurs ou une espèce animale cible ajoute peu, voire pas d'information à l'évaluation sanitaire globale et n'est donc pas recommandée lorsque les analyses ont démontré l'équivalence entre des aliments dérivés de plante transgéniques et leur contrepartie conventionnelle, à l'exception du caractère inséré, et que les résultats de ces analyses n'indiquent pas d'existence d'effets inattendus* ». Ce raisonnement reprend strictement le principe de l'équivalence en substance et pourrait révéler une volonté de l'EFSA d'appliquer plus systématiquement un principe propice à des relations commerciales transatlantique plus sereines.

L'utilisation de cette technique de l'équivalence substantielle a pourtant été critiquée, notamment dans un rapport publié par l'institut

(250) P. DEBOYSER et S. MAHIEU, « La régulation international des OGM: une nouvelle tour de Babel? » in P. NIHOUL et S. MAHIEU (DIR.), *La sécurité alimentaire et la réglementation des OGM, perspectives nationale européenne et internationale*, Bruxelles, Larcier 2005, p. 241.

(251) "Safety and nutritional assessment of GM plants and derived food en feed: the role of animal feedings trials", EFSA Scientific panel on Genetically Modified Organisms, Food Chem Toxicol. 2008 Mar.

Testbiotech(252). Les auteurs, C. Then et Ch. Potthof, reprochent l'application de ce principe sauf preuve contraire. Selon ceux-ci, l'EFSA exige que la preuve des risques soit apportée avant que toute analyse complémentaire ne soit conduite, contrairement à ce qui se pratique pour les pesticides, les médicaments ou les médicaments irradiés avec, comme conséquence, des erreurs d'évaluation de la plante génétiquement modifiée mais aussi de la protéine transgénique elle-même. Les auteurs proposent, entre autre, le recours à des analyses plus poussées à partir d'expérimentation en milieu confiné et notamment l'analyse de la composition de la plante à différentes étapes de son développement et sous des conditions environnementales différentes ainsi que l'examen des interactions avec différents facteurs externes. Comme nous l'avons vu précédemment, ils critiquent dans le cas de plantes hybrides l'absence d'évaluation de la nouvelle plante génétiquement modifiée en tant que telle.

La deuxième critique importante porte sur une prise en compte insuffisante de l'impact potentiel sur l'environnement.

b) La prise en compte insuffisante de l'impact potentiel sur l'environnement

Ici encore un exemple concret permettra d'illustrer notre propos. L'EFSA a rendu un avis scientifique (le 29 septembre 2009) à propos d'une demande de mise sur le marché du maïs MON89034*NK603 génétiquement modifié, résistant à des insectes et/ou tolérant à des herbicides, pour l'alimentation humaine et animale, l'importation et la transformation, dans le cadre du règlement (CE) n° 1829/2003, déposée par Monsanto. Le groupe scientifique GMO de l'EFSA estime que les informations disponibles sur le maïs MON89034*NK603 répondent aux commentaires scientifiques des États membres et que ce maïs est aussi sûr que son équivalent non génétiquement modifié en ce qui concerne les effets potentiels sur la santé humaine et animale ou sur l'environnement. Par conséquent, le groupe scientifique GMO de l'EFSA conclut *« qu'il est peu probable que le maïs MON89034*NK603 ait un effet nocif quelconque sur la santé humaine ou animale ou sur l'environnement dans le cadre des utilisations prévues »*.

(252) Ch. THEN et Ch. POTTHOF, "Risk Reloaded, Risk analysis of genetically engineered plants within the European Union", TestBiotech, Octobre 2009 (<http://www.testbiotech.org/sites>). Référence tirée d'un article d'E. MEUNIER, « L'EFSA encore critiquée » Bulletin n° 27 Inf'OGM, <http://www.infogm.org>.

Or, il est justement reproché aux évaluations réalisées par l'EFSA de ne pas prendre suffisamment en compte les potentiels impacts à long terme sur la santé humaine et animale et sur l'environnement et plus particulièrement les impacts de plantes génétiquement modifiées « pesticides ». Lors du Conseil des ministres de l'environnement (de décembre 2008), le Conseil a soutenu la demande de la Commission faite à l'EFSA de revoir ses lignes directrices sur l'évaluation du risque. Il « *accueille avec satisfaction le mandat donné à l'EFSA par la Commission d'entamer un travail de révision qui doit être achevé au plus tard en mars 2010 en ce qui concerne le volet de ses lignes directrices relatif à l'évaluation des risques environnementaux* » [...] cette actualisation des lignes directrices comprend « *une évaluation détaillée des effets à long terme des PGM sur l'environnement...* ». Le Conseil « *note aussi avec satisfaction que le mandat comprend l'étude des critères et exigences requis pour l'évaluation de toutes les PGM, y compris les PGM qui produisent des substances actives visées par la directive 91/414/CEE et les PGM tolérantes aux herbicides afin de les réexaminer le cas échéant* » Il insiste sur la nécessité d'assurer la cohérence entre les évaluations des risques que présentent les PGM produisant des substances actives visées par la directive 91/414/CEE et celle des produits phytosanitaires correspondants et souligne la nécessité d'une coordination entre les autorités chargées de la mise en œuvre de la directive 2001/18 CE et de la directive 91/414/CEE, au niveau national et au niveau de la Commission.

Il convient à présent d'examiner si certaines critiques concernant l'évaluation des risques effectuée par l'EFSA, ne pourraient, pour certaines d'entre elles du moins, être liées à la structure et au fonctionnement de l'EFSA.

B. – *L'influence des règles d'organisation et de fonctionnement prévues par le règlement sur le rôle de l'EFSA*

Les rapports qu'entretient l'EFSA avec les Etats membres (1) et ceux qu'elle entretient avec la Commission (2) sont induits en grande partie par le règlement n° 178/2002. Les évaluations réalisées peuvent aussi, dans certains domaines, avoir des conséquences sur les relations entre les Etats membres et la Commission elle-même, ceux-ci reprochant parfois à celle-là une mauvaise gestion des risques ou décidant de faire jouer la clause de sauvegarde pour s'opposer à la commercialisation de certains OGM pourtant autorisés (3).

1. Les rapports EFSA – Etats membres

Les relations entre l'EFSA et les Etats membres se manifestent principalement sous deux formes: d'un point de vue organique, avec la présence des Etats membres au sein du Conseil d'administration de l'EFSA et d'un point de vue plus « fonctionnel » au travers du « forum consultatif ».

En ce qui concerne le Conseil d'administration, contrairement aux autres Agences où le principe est celui d'un représentant par Etat membre, l'EFSA compte 14 membres désignés par le Conseil en consultation avec le Parlement européen à partir d'une liste établie par la Commission. Le Conseil d'administration comprend en outre un représentant de la Commission. Quatre de ces membres doivent disposer d'une expérience acquise au sein d'organisations représentant des consommateurs et d'autres groupes d'intérêts dans la chaîne alimentaire (253). L'objectif recherché, selon les considérants même du règlement (40 et 41) est de garantir à l'EFSA son « *indépendance, sa grande valeur scientifique, sa transparence et son efficacité* » (254).

D'un point de vue opérationnel, la coopération entre l'EFSA et les agences nationales apparaît comme un élément essentiel, une condition majeure de l'exercice de la mission de l'Agence et pas moins de onze articles y sont consacrés dans le règlement. Cette coopération est censée s'exercer par le biais d'un forum consultatif composé de représentants des instances compétentes des Etats membres (255) qui accomplissent des tâches analogues à celle de l'autorité. Le forum, lien privilégié entre l'EFSA et les Etats membres (art. 27 du règlement) constitue selon les termes du règlement « *un mécanisme pour l'échange d'information sur les risques potentiels et la mise en commun des connaissances* » (art. 27 § 4 du règlement). Il est censé garantir une coopération étroite entre l'EFSA et les organismes nationaux compétents dans les Etats membres afin, d'une part, d'éviter une duplication des études scientifiques mais aussi, d'autre part, de contribuer à apporter des solutions à des débats scientifiques controversés.

(253) Cf., *supra*, pour l'évocation de cette question.

(254) Une rotation des divers pays d'origine des membres du Conseil d'administration devrait être mise en place selon le considérant 41, aucun Etat membre ne bénéficiant d'un poste réservé au sein du Conseil d'administration.

(255) Les membres du forum sont désignés par chaque Etat membre et ne peuvent siéger également au sein du Conseil d'administration. Le directeur exécutif convoque et dirige le forum qui peut aussi se réunir à la demande du tiers de ses membres.

Qu'en est-il en réalité? Selon un rapport français de l'IGAS (inspection générale des affaires sociales) datant de décembre 2004 (256), la consultation revêtirait un caractère formel, les ordres du jour seraient très limités, trop généraux et l'EFSA y trouverait davantage un moyen de fournir des informations sur son activité qu'un lieu d'échange entre pairs sur les modes de coopération en matière d'évaluation des risques. On est donc loin «*du réseau européen d'organisations actives dans les domaines relevant de la mission de l'Autorité*» prévu par le règlement. Des divergences sont également apparues, au début du fonctionnement de l'EFSA, à propos de l'évaluation du risque lié à l'ESB au Royaume-Uni (257). Malgré la procédure prévue par le règlement pour les avis scientifiques divergents (art. 30), les divergences d'avis entre l'Agence française et l'EFSA ont été minimisées par cette dernière qui a conclu ...à l'absence de divergences (258)! On notera à cet égard que la procédure prévue par l'article 30 du règlement ne confère à l'EFSA que des obligations de «vigilance» afin d'identifier à un stade précoce toute source potentielle de divergences entre ses avis et ceux émanant des agences nationales de sécurité alimentaire. En cas d'identification d'une telle divergence, l'EFSA doit contacter l'organisme national pour s'assurer que toutes les informations pertinentes sont partagées et pour identifier les questions scientifiques susceptibles d'entraîner des divergences. La vigilance est complétée par une obligation de coopération. En effet, si aucun compromis ne semble possible, l'EFSA et l'organisme national sont tenus de coopérer en vue soit de résoudre les divergences soit d'élaborer un document commun clarifiant les questions scientifiques qui sont sources de divergence et identifiant les incertitudes persistantes dans les données. L'EFSA n'a donc pas le pouvoir du dernier mot et n'apparaît pas comme l'organe de dernière instance en matière d'avis scientifique. L'obligation de coopération ne semble en tous les cas pas suffisante pour régler la question des avis scientifiques divergents entre l'EFSA et les autorités nationales responsables des questions liées à la sécurité alimentaire (259) et au fil des années les divergences d'interprétation entre agences nationales et agence européenne se sont multipliées.

(256) Référence citée dans le rapport de la délégation française, p. 52.

(257) A propos plus précisément de l'assouplissement des règles de retrait de la consommation de différentes catégories de bovins et de la divergence d'opinion entre l'EFSA et l'AFSSA à propos des animaux abattus d'urgence.

(258) Exemple pris du rapport IGAS précité.

(259) Dans le même sens A. ALEMANNI, «Contentieux, Arrêt «Commission/France», *Revue du droit de l'Union européenne*, 1/2002, pp. 159-162.

Le contentieux né du refus de la France de levée de l'embargo sur les exportations de bœuf britannique en juillet 1999 illustre, en dehors des OGM, un cas de divergence scientifique entre l'EFSA et en l'occurrence l'AFSSA. Les experts scientifiques de l'Agence française de sécurité des aliments (opposés à la levée de l'embargo) se sont opposés à ceux de l'EFSA qui estimaient les conditions de levée de l'embargo réunies (260).

En décembre 2006, le Conseil d'administration de l'EFSA a recommandé le développement d'une plus grande coopération entre l'Autorité et ses homologues dans les Etats membres. Suite à cette recommandation un groupe de travail sur la coopération a été institué et un document (261) fournit un cadre pour la coopération entre les Etats membres et l'EFSA afin d'établir en dernier ressort une approche commune à l'évaluation du risque en Europe. La création de « focals points » de l'EFSA dans les Etats membres par les membres du forum consultatif en tant que points de repères pour les réseaux nationaux (composés d'autorités nationales, d'instituts de recherche, de groupes intéressés dans les domaines d'évaluation des risque et la sécurité des aliments) a pour objectif affiché de diminuer les cas de divergences d'avis scientifiques et de prévenir leur apparition.

Par ailleurs, le Conseil environnement de décembre 2008 a préconisé une amélioration du fonctionnement de l'expertise scientifique par une harmonisation des pratiques d'expertise entre les Etats membres et l'élargissement du champ des disciplines scientifiques sollicitées mais aussi un renforcement de la prise en compte effective de l'avis des Etats membres (via leurs agences nationales) dans l'avis rendu par l'EFSA.

2. *Les tensions dans les relations EFSA – Commission*

D'un point de vue organique, la Commission est représentée au sein du Conseil d'administration de l'EFSA par le biais du directeur général de la DG SANCO mais c'est surtout la séparation fonctionnelle, voulue par la législation alimentaire européenne, entre évaluation du risque et gestion du risque et la séparation institutionnelle entre ces deux composantes de l'analyse du risque qui a été à l'origine de tensions au cours des

(260) A. ALEMANNI, préc.; T. HAMONIAUX, Principe de précaution et refus de la France de lever l'embargo sur la viande de bovins britanniques, *AJDA* 2002, p. 164. Voir aussi CJCE, 22 mai 2003, *France c. Commission*, aff. C-393/2001, *Rec.* p. I-5405 à propos du refus de levée de l'embargo sur les produits bovins en provenance du Portugal.

(261) Strategy for Cooperation and Networking between the EU members States and EFSA, 19/12/2006.

cinq premières années de fonctionnement de l'EFSA (262). Cette séparation a été interprétée au départ de façon très stricte au point de réduire à néant toute tentative de dialogue entre l'EFSA et la Commission.

Les représentants de la Commission sont habilités à assister aux réunions du comité scientifique, des groupes scientifiques et de leurs groupes de travail. La participation est soumise à la condition qu'ils ne doivent pas essayer d'influencer les débats. Selon A. Alemanno il est probable que leur simple présence puisse, dans certains cas, influencer les avis qui y sont prononcés. Certaines ONG ont critiqué l'EFSA pour avoir ignoré des facteurs scientifiques controversés, le domaine le plus sensible étant, une fois encore, celui de la procédure d'autorisation des OGM (263). Dès 2006, la Commission a proposé lors du Conseil du 27 juin 2006 une série de « mesures pratiques » afin d'améliorer la procédure d'autorisation des OGM. L'objectif affiché est « *de renforcer la cohérence scientifique et la transparence des décisions en la matière et de parvenir à un consensus entre toutes les parties intéressées* ». Ces améliorations devant être réalisées selon la Commission « *dans le cadre juridique existant ... en évitant tout retard injustifié dans les procédures d'autorisation* ».

A cet effet la Commission préconise, au niveau de la phase d'évaluation scientifique tout d'abord, que l'EFSA collabore davantage avec les organismes nationaux afin de surmonter les divergences de vue scientifique avec les Etats membres et qu'elle détaille davantage, dans les avis qu'elle formule au sujet des demandes individuelles, les raisons pour lesquelles elle rejette les objections scientifiques des autorités nationales. Les demandeurs et l'EFSA seront invités à aborder les effets potentiels à long terme et les questions de biodiversité d'une manière plus explicite lors de l'évaluation des risques. Au niveau de la phase décisionnelle ensuite, lorsque la Commission estimera que les observations formulées par un Etat membre soulèvent de nouvelles questions scientifiques importantes que l'EFSA n'a pas abordées de façon adéquate ou suffisante dans son avis, elle pourra suspendre la procédure et renvoyer la question à l'EFSA pour un examen plus approfondi (264).

(262) Voir. A. ALEMANNI, « L'autorité européenne de sécurité des aliments souffle ses 5 bougies », *Revue du droit de l'Union européenne*, octobre 2007, p. 585 s. S. GABBI, « The Interaction between risk assessors and risk managers. The case of the European Commission and the European Food Safety Authority », *European Food and Feed Law Review*, 3/2007, p. 131.

(263) Notamment dans le cadre de l'évaluation du maïs NK 603 voir *supra*.

(264) Le 7 mai 2008 à l'occasion un débat politique portant sur les demandes d'autorisation en cours d'instruction, la Commission a demandé à l'EFSA des compléments d'information concernant l'évaluation environnementale de certains OGM. Il a été suivi d'un débat lors du Conseil environnement du 5 juin 2008.

D'une façon plus générale la volonté réciproque d'une amélioration des relations entre l'EFSA et la Commission s'est traduite, au sein de l'EFSA, par la création d'un groupe de travail consacré à la transparence dans l'évaluation du risque et, du côté de la Commission, par la publication d'un rapport annuel sur la qualité des avis scientifiques émis l'année précédente.

3. *Les rapports Commission – Etats membres*

Les rapports entre la Commission et les Etats membres se sont tendus, en raison d'évaluations scientifiques divergentes entre les organismes nationaux et l'Agence européenne, la Commission suivant, on l'a vu, systématiquement l'avis de l'Agence et se voyant de plus en plus souvent reprocher par les Etats une mauvaise gestion des risques. Ceux-ci ont la possibilité d'introduire des recours à l'encontre des mesures de gestion adoptées par la Commission mais le juge communautaire ne sanctionnera que les détournements de pouvoir, l'arbitraire ou l'erreur manifeste d'appréciation de la part de la Commission (265). Ces principes ont été récemment rappelés par le Tribunal à propos de la mise sur le marché de produits phytopharmaceutiques (266) et ont vocation à s'appliquer de la même façon dans le domaine des OGM. Dès lors que la Commission se voit reconnaître une large marge d'appréciation dans sa gestion du risque et que le juge n'apprécie pas la qualité de l'évaluation scientifique effectuée par l'EFSA, évaluation sur laquelle la Commission a fondé sa décision, les éventuels recours des Etats ont peu de chance d'aboutir à l'annulation des mesures adoptées.

Certains Etats n'ont pas hésité, en revanche, dans le domaine des OGM, à faire jouer la clause de sauvegarde figurant à l'article 23 de la directive 2001/18 (267). Selon celle-ci, lorsqu'un Etat membre a des raisons valables de considérer qu'un produit qui a fait l'objet d'une notification en bonne et due forme et d'un consentement écrit conformément à la présente directive présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement, il peut en limiter ou en interdire, à titre provisoire, l'utili-

(265) Le juge communautaire doit vérifier le respect des règles de procédure, l'exactitude matérielle des faits retenus par la Commission, l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou l'absence de détournement de pouvoir (CJCE, 25 janvier 1979, *Racke*, aff. 98/78, *Rec.* p. 69, point 5, et CJCE, 22 octobre 1991, *Nölle*, aff. C-16/90, *Rec.* p. I-5163, point 12).

(266) TPICE, 9 septembre 2008, *Bayer CropScience AG* (à propos de l'endosulfan), aff. T-75/06, *Rec.* p. II 2081 et TPICE, 3 septembre 2009, *Cheminova et a. c/Commission* (à propos du malathion), aff. T-326/07, *Rec.* p. II-4877 (pourvoi aff. C-60/08), TPICE, 7 octobre 2009, *Vischim c/Commission*, aff. T-420/05 et aff. T-380/06.

(267) Il s'agissait de l'article 16 de la directive 90/220 abrogée par la directive 2001/18. Une clause similaire figure dans le règlement n° 1829/2003.

sation et/ou la vente sur son territoire. Il en informe immédiatement la Commission et les autres États membres et indique les motifs de sa décision. Ainsi l'Autriche a décidé en juin 1999 d'interdire provisoirement l'utilisation et la vente du maïs *Zea mays* L. lignée Mon 810 pour tous les usages en invoquant la clause de sauvegarde. L'EFSA, saisie pour avis, a considéré que *«rien ne permettait de penser que la poursuite de la mise sur le marché de Mon 810 puisse avoir des effets nocifs sur la santé humaine et animale ou sur l'environnement»* et s'est opposée à la clause de sauvegarde, estimant que *«les éléments communiqués par l'Autriche ne constituaient pas des éléments scientifiques nouveaux invalidant l'évaluation des risques pour l'environnement de la lignée du maïs Mon 810 et justifiant l'interdiction de l'utilisation et de la vente de ce produit en Autriche»*. La Commission, dans un projet de décision, a demandé à l'Autriche de lever la mesure de sauvegarde provisoire. Le Comité n'a pas émis d'avis et en 2005 d'abord, puis en décembre 2006, après une nouvelle consultation de l'EFSA et une nouvelle proposition d'abrogation de la Commission, le Conseil «environnement» (18 décembre 2006) a indiqué qu'il s'opposait à la proposition estimant *«qu'il faut tenir compte de manière plus systématique des différentes structures agricoles et des caractéristiques écologiques régionales au sein de l'Union»* (268). Cette prise de position inédite méritait d'être soulignée. La Commission a soumis une proposition modifiée afin de tenir compte de la décision du Conseil qui ne fait référence qu'aux aspects environnementaux de la clause de sauvegarde, à savoir la culture (cons. 19 de la décision) et l'Autriche a cependant été invitée à mettre fin à l'interdiction d'importation et de transformation en produits destinés à l'alimentation humaine ou animale du maïs MON 810.

On notera que la culture du MON 810 est interdite aussi en France, en Grèce en Hongrie et au Luxembourg Etats qui ont, comme l'Autriche, fait jouer la clause de sauvegarde (269). La firme Monsanto a par ailleurs obtenu récemment le renouvellement de l'autorisation pour le maïs MON 810, l'EFSA ayant rendu un avis favorable le 19 juin 2009 (270) Le groupe GMO de l'EFSA a conclu dans son avis qu'il est *«improbable que le maïs MON 810 ait des effets nocifs quelconques sur l'environnement dans le cadre de ses utilisations prévues en particulier si des mesures d'exploitation appropriées sont prises pour limiter une exposition éventuelle des espèces de lépidoptères*

(268) Décision de la Commission du 7 mai 2008, JO n° L 172 du 2 juillet 2008, p. 27 (cons. 18).

(269) L'Autriche a fait jouer la clause de sauvegarde concernant un autre maïs en 2009 et l'avis de l'EFSA a aussi été négatif.

(270) Avis disponible sur le site efsa.europa.eu/fr/scdocs/scdoc.

non cibles. De plus le GMO de l'EFSA recommande de continuer à mettre en œuvre des stratégies de gestion de résistance des espèces nuisibles». Il faut admettre que cet avis est loin d'être catégorique sur l'absence de risque...

Une dernière étape vient d'être franchie avec l'autorisation accordée par la Commission, le 2 mars 2010, pour la culture de la pomme de terre génétiquement modifiée « Amflora » mise au point par la firme BASF ainsi que plusieurs variétés du maïs MON 863. L'Autriche et l'Italie ont annoncé leur intention d'interdire sa culture. La France attend l'avis du Haut Conseil des biotechnologies (HCB) créée en 2008 pour arrêter sa position. Cette décision d'autorisation est critiquée par plusieurs Etats, alors qu'il avait été demandé à la Commission, lors du Conseil environnement en décembre 2008 de revoir la procédure d'autorisation des OGM. Le commissaire européen chargé de la santé John Dalli, chargé de la gestion du dossier, a précisé que les Etats membres restaient libres d'autoriser les cultures transgéniques sur leur territoire. Une proposition devrait être adoptée en ce sens d'ici l'été 2010, ce qui permettrait d'éviter aux Etats membres de faire jouer la clause de sauvegarde.

Le souhait d'une révision de la procédure d'autorisation des OGM, maintes fois annoncé, est-il sur le point de se concrétiser? La réponse est positive si l'on se fonde sur la demande d'évaluation de la législation en vigueur confiée à un groupe d'experts de la Commission (DG SANCO) (271) le 2 juin 2009 dont le projet de rapport final est attendu au début de l'été. A ce jour cependant, il n'est possible que de faire état de pistes de réflexions dans l'attente de propositions concrètes.

Dès 2008, sous présidence française (272), la France a souhaité aller plus loin dans la réforme de l'expertise et de l'évaluation au niveau européen, afin de favoriser une avancée vers des propositions notamment en prenant en compte systématiquement les connaissances les plus actualisées dans tous les domaines du savoir, en garantissant la transparence de l'évaluation réalisée et la prise en compte effective de l'avis des Etats membres (via leurs organismes nationaux) dans l'avis rendu par l'EFSA. Plus particulièrement la France envisageait un rapprochement possible, s'agissant des OGM produisant des molécules insecticides ou capables de résister à des herbicides, avec les critères d'évaluation des produits phytosanitaires, qui ont fait depuis, rappelons-le, l'objet d'un nouveau

(271) Les termes de références de l'évaluation sont disponibles sur le site europa DG Sanco, direction E1 biotechnology and Plant Health.

(272) Note de la délégation française concernant des pistes de réflexion sur les OGM transmise par le Secrétariat aux délégations (Bruxelles, 29 février 2008 Doc. 7128/08). Le débat a fait l'objet d'un point B lors du Conseil environnement du 5 juin 2008.

règlement adopté en octobre 2009. Parmi les autres pistes de réflexions développées par la France, on notera le souhait d'une prise en compte, à côté des critères scientifiques sanitaires et environnementaux, d'autres facteurs légitimes tels que l'impact agronomique et l'impact de l'utilisation des OGM sur les différents modes de production, les bénéfices potentiels et les coûts de certains OGM sur le moyen ou long terme.

La plupart des idées avancées ont été relayées par le Conseil environnement du 5 décembre 2008 (273). Du point de vue du renforcement de l'évaluation environnementale, le Conseil souligne, comme le préconisait la Commission en 2006, *« la nécessité de mieux harmoniser les pratiques d'évaluation des Etats Membres en prenant en compte les spécificités des écosystèmes/environnements et des zones géographiques particulières sur lesquelles les plantes GM sont susceptibles d'être cultivées »*.

Les Etats membres sont invités à *« échanger des informations pertinentes sur les conséquences socio-économiques de la mise sur le marché des OGM y compris les avantages et les risques socio-économiques et la compatibilité avec une agriculture durable »*. Quant à la Commission, elle doit présenter au Parlement et au Conseil d'ici juin 2010 un rapport fondé sur les informations fournies par les Etats membres afin qu'il soit examiné et que les discussions se poursuivent. On notera par ailleurs qu'à l'occasion d'une conférence internationale sur les OGM organisée aux Pays-Bas en novembre 2009, les représentants de 13 Etats membres se sont réunis autour d'une table ronde non intégrée officiellement à la Conférence, et il est apparu que 12 Etats étaient favorables à la demande néerlandaise de nationaliser les procédures d'autorisation à la culture, avec certaines réserves pour certains d'entre eux (notamment aux regards des engagements internationaux dans le cadre de l'OMC, cette latitude étant considérée comme l'ouverture de la boîte de Pandore). Ne serait-ce pas là un élément de compromis pour essayer d'apaiser les tensions entre la Commission et les Etats membres, les Etats membres se ressaisissant des autorisations à la culture sur leur territoire, en échange d'une absence d'intervention de leur part dans tous les autres domaines, que ce soit l'importation, la transformation, ou l'alimentation ?

*

* *

(273) Doc. 16882/08(AGRILEG 223, ENV 961).

Pour conclure sur l'apport de l'EFSA à la sécurité alimentaire, le bilan se doit d'être nuancé. S'il peut être contesté au niveau du panel OGM, il ne doit pas pour autant jeter le discrédit sur l'ensemble des évaluations qui sont menées par l'Agence dans des conditions jugées satisfaisantes dans les autres domaines.

Dans le domaine des OGM, parmi les propositions d'améliorations déjà évoquées, une meilleure prise en compte des spécificités nationales ou régionales (274) serait réalisée en associant à l'évaluation des risques d'autres Etats membres que l'Etat membre rapporteur (dans le cas de la directive 2001/18 et donc de la mise en culture d'OGM) et en donnant la possibilité aux Etats de fournir leur avis sur l'intégralité du dossier, y compris sur les informations complémentaires recueillies pendant la période d'évaluation des risques, sans pour autant allonger la procédure. L'idée que les Etats pourraient être souverains dans la décision d'autoriser ou non les plantes génétiquement modifiées à la culture semble aussi faire son chemin, de même que celle de calquer la procédure d'autorisation des PGM sur celle utilisée pour les produits phytosanitaire, dans un souci de cohérence des évaluations.

L'actualisation des lignes directrices de l'évaluation des risques environnementaux, qui a été confié à l'EFSA par la Commission et qui est imminente pourrait lever une des critiques les plus fréquentes faites aux évaluations.

Enfin au-delà du problème lié à l'indépendance des membres de l'EFSA dont le système de manifestation d'intérêt présente des limites et auquel il devrait être apporté des améliorations, il convient de rappeler que l'EFSA ne dispose pas de pouvoir d'investigations propres et ne se prononce que sur base d'analyse des preuves scientifiques disponibles liées au mandat donné par la Commission. Certes, l'EFSA donne aux Etats membres la possibilité de fournir des explications supplémentaires sur les documents envoyés et publie un compte rendu de réunion pour informer tous les Etats membres de ce qui a été discuté, mais elle ne peut elle-même diligenter des recherches complémentaires. Cette limite à ses pouvoirs d'évaluation s'explique sans doute par le choix « stratégique » de faire supporter aux industriels les coûts très lourds des expertises.

Il est permis de penser que la Commission BARROSO II s'accommode en réalité très bien des « évaluations rassurantes » de l'EFSA en matière d'OGM et qu'elles servent en réalité d'alibi à une politique d'ouverture aux OGM et à une impulsion aux nouvelles technologies,

(274) Idée préconisée par le Conseil environnement de décembre 2008.

facteur de compétitivité industrielle sur le marché mondial, position que la nouvelle Commission assume ouvertement. Il n'en demeure pas moins que différentes modifications devront être apportées sinon au règlement du moins aux lignes directrices d'évaluation scientifiques et à la procédure d'autorisation des OGM afin que l'EFSA retrouve une crédibilité qu'elle a perdue aux yeux du consommateur-citoyen afin de contribuer pleinement aux objectifs de sécurité sanitaire. Des propositions concrètes de la Commission sont donc attendues avec le plus vif intérêt.

S'il ne saurait être question de tirer de cette expérience particulière de quelques années de fonctionnement des enseignements généraux valant pour l'ensemble des agences de sécurité, on ne peut qu'être troublé, cependant, par le fait que dans un secteur particulièrement sensible comme celui des OGM, la mise en place d'une agence, conçue comme synonyme, d'une part, d'expertise scientifique d'excellence et d'indépendance et, d'autre part, d'amélioration des relations entre les Etats membres et la Commission, aboutisse finalement à une mise en cause de celles-là et une altération de celles-ci...

LA CONTRIBUTION DE L'OFFICE DE L'HARMONISATION DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR (OHMI) AU RÈGLEMENT DU CONTENTIEUX

PAR

CATHERINE GRYNFOGEL

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE 1 CAPITOLE

La plupart des agences de l'Union sont dépourvues de pouvoir décisionnel autonome et n'entretiennent donc que peu de rapports avec son système juridictionnel (275). Elles n'en sont pas moins à l'origine de contentieux, de façon indirecte, sur la base des avis qu'elles peuvent être conduites à donner et qui sont ou non suivis par la Commission; par exemple, les décisions de refus de mise sur le marché de certains médicaments, adoptées par la Commission conformément aux avis de l'Agence européenne des médicaments (EMA). Il est toutefois une agence qui, dans le cadre de l'Union, contribue directement à la mise en œuvre du marché intérieur (276) et dispose d'un réel pouvoir de décision autonome. Il s'agit de L'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), dont les décisions sont directement attaquables devant une chambre de recours interne, les décisions de cette chambre pouvant elles-mêmes faire l'objet d'un recours devant le Tribunal et, le cas échéant, devant la Cour de justice de l'Union européenne (277).

Curieuse coïncidence, lors du précédent colloque de juin 2001 consacré aux agences de l'Union européenne, j'avais été chargée de présenter l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur que Jean-Claude Combaldieu, son président (278), qualifiait à l'époque d'agence

(275) D'autant plus qu'elles ne sont pas des institutions au sens de la nomenclature européenne.

(276) Mais elle n'est pas la seule: c'est également le cas de l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV) et de l'Agence européenne des médicaments.

(277) Le Tribunal de première instance et la Cour de justice des CE sont devenus, avec le traité de Lisbonne, Tribunal et Cour de justice de l'Union européenne, les deux appellations étant utilisées ici en fonction des nécessités du texte.

(278) J.-C. Combaldieu a été le président de l'OHMI de 1994 à 2001.

« *pas comme les autres* » (279). Je m'étais alors interrogée sur le sens de cette curieuse formule : traduisait-elle subjectivisme de la part de son auteur, simple politesse ou réalité ? Les particularismes de l'agence m'avait conduite à pencher pour la théorie de la réalité, ne serait-ce déjà qu'à travers l'examen de son acte de naissance et des raisons de sa création, qu'il peut être bon de brièvement rappeler.

L'OHMI a été créé en liaison directe avec l'institution de la marque communautaire, sur laquelle nous reviendrons plus loin puisqu'elle illustre l'intérêt communautaire grandissant pour la propriété intellectuelle en tant qu'objet de valorisation des entreprises et domaine susceptible de protection. L'une et l'autre se partagent le même acte de naissance, à savoir le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil, du 20 décembre 1993, sur la marque communautaire (dit règlement de base), lui-même modifié et complété à différentes reprises, avant d'être abrogé et remplacé par un nouveau règlement de février 2009 (280).

Quant aux raisons d'être de cette agence, elles participent de la volonté d'établir, parallèlement aux régimes nationaux, un régime communautaire des marques visant notamment à stimuler les échanges. En 1994, il n'existait en effet aucun instrument de droit européen instaurant un régime unitaire de la marque, la seule solution à la disposition des titulaires, fabricants ou opérateurs économiques désireux de protéger leur signe sur l'ensemble du territoire de l'Union se ramenant à la multiplicité des enregistrements nationaux (partant, celle des coûts y afférents).

Depuis l'adoption du règlement, les marques communautaires sont protégées sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne par des dispositions uniformes, directement applicables dans tous les Etats membres ; d'où l'indispensable création de l'Office (cons. 11), sa mission consistant à administrer la marque communautaire, ce qui sous-tend le traitement des demandes, depuis la phase du dépôt jusqu'à celle de l'enregistrement ; ce qui sous-tend aussi des procédures d'opposition et d'annulation, de même que des questions liées à la maintenance des registres et aux activités connexes, telles que l'enregistrement des cessions et des licences de marques ; ce qui sous-tend enfin et surtout, *last but not least*, des procédures de recours contre les décisions de l'Office, ces procédures se déroulant obligatoirement, au cours d'une 1^{re} phase para-contentieuse, devant des chambres spécialisées insti-

(279) « Une agence pas comme les autres », OAMI-ONLINE, www.oami.eu.int/fr/role/agen.htm

(280) Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil, du 22 février 2009, sur la marque communautaire.

tuées au sein de l'Office lui-même. Cette singularité m'a alors immédiatement rappelée la formule de J.C. Combaldieu, souvenons-nous, selon laquelle l'OHMI serait une agence « *pas comme les autres* ». D'où la question suivante : Peut-on encore le dire, tout spécialement pour ce qui concerne sa contribution au règlement du contentieux ? *A priori* oui, évidemment ; mais il convient de le vérifier en examinant, de façon plus précise, le rôle qu'elle est amenée à jouer au sein du système juridictionnel de l'Union européenne.

La participation de l'OHMI au contentieux s'est développée dans un contexte extrêmement favorable, lui-même issu de la conjonction de deux facteurs : l'évolution des idées pour ce qui concerne le système juridictionnel communautaire (A) et, en parallèle, l'émergence d'une prise de conscience liée à la valeur d'une propriété intellectuelle (B) qui avait totalement échappé aux rédacteurs du traité de Rome. Voilà déjà le « pourquoi » de sa participation au contentieux européen (I) qui, joint au « comment », nous permettra d'en mesurer toute la spécificité (II).

I. — LE « POURQUOI » : UNE CONTRIBUTION LOGIQUE AU CONTENTIEUX COMMUNAUTAIRE

Cette logique procède sans doute de l'évolution du système juridictionnel communautaire (A), mais elle procède tout autant de celle de l'approche européenne des droits de propriété intellectuelle (B).

A. — *L'évolution du système juridictionnel communautaire*

Nous le savons, « *la sauvegarde du principe de l'unité du droit communautaire impose celui de l'unité de la juridiction communautaire* » (281), ce qui explique que la Cour de justice, juridiction unique pour les trois Communautés depuis 1957, en soit longtemps restée la seule. Toutefois, « unité » ne signifie pas « unicité », le principe étant parfaitement compatible avec une diversification de la structure juridictionnelle. Cette diversification peut se traduire, par exemple, par la redistribution de certaines compétences précédemment détenues par la Cour de justice à d'autres juridictions spécialement créées pour les recevoir, à condition, bien entendu, que soit maintenu le contrôle suprême de la Cour. Voilà qui explique l'idée ancienne d'instituer, pour certaines matières (on a pensé aux recours des fonctionnaires, à l'ap-

(281) V. G. ISAAC et M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 9^e éd. 2006, p. 353.

plication des règles de concurrence, etc.), des juridictions spécialisées subordonnées à la Cour de justice par la voie de l'appel ou du pourvoi en cassation.

La première création effective fut celle d'une juridiction de premier degré, le Tribunal de première instance, adjoint à une Cour de justice confrontée à une telle charge de travail qu'elle ne parvenait plus à y faire face. Le but recherché fut atteint pendant un certain temps mais très vite, le Tribunal se retrouva dans la même situation. L'engorgement quasi chronique conjoint de la Cour de justice et du Tribunal de première instance amena donc les rédacteurs du traité de Nice à prévoir la possibilité de créer des chambres juridictionnelles pour traiter, en premier ressort, de contentieux spéciaux (art. 225 bis, TCE). Une déclaration annexée au traité envisageait d'emblée d'user de cette possibilité pour le contentieux de la fonction publique communautaire, une décision du Conseil de 2004 (282) ayant effectivement institué un tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, adjoint au Tribunal de première instance. Quant aux recours attendus en matière de propriété intellectuelle, ils constituaient un autre champ à explorer dans la même direction, ne serait-ce qu'au regard de l'important contentieux et de l'intérêt corrélatif qu'elle suscitait depuis de nombreuses années.

B. – *Un intérêt communautaire grandissant pour la propriété intellectuelle*

1. *Le contentieux général: les droits de propriété intellectuelle*

Curieusement, les rédacteurs du traité de Rome ne se sont guère préoccupés de propriété intellectuelle et l'on peut s'en étonner, eu égard à son importance économique. De ce fait, la propriété intellectuelle a longtemps relevé de la seule compétence des Etats membres de l'Union européenne. Des statuts protecteurs lui ont ainsi été consacrés, statuts dont on connaît les prérogatives essentielles, à savoir un monopole d'exploitation limité au territoire national, dont la sanction est l'action en contrefaçon. Or ces deux prérogatives, exclusivité et territorialité, heurtent de front les deux principes communautaires, et de libre concurrence pour la première, et de libre circulation des marchandises pour la seconde. Ce double conflit appelait des solutions que la Cour de justice a peu à peu établies, au fur et à mesure des affaires qui lui étaient soumises. Elles sont acquises aujourd'hui: on le sait, la

(282) Décision 2004/752 CE et Euratom du Conseil, du 2 novembre 2004, *JOUE* du 9 novembre 2004.

Cour a mis au point une méthode à l'aide de différents concepts, qui lui ont permis de tracer la ligne de partage entre ce qui relève des statuts nationaux protecteurs de propriété intellectuelle et ce qui revient, en creux, aux deux principes communautaires précités (283). La question, toutefois, demeurait presque entière, puisqu'il n'existait pas de titres européens de propriété intellectuelle qui se substitueraient aux titres nationaux et mettraient un point final à ce type de conflits.

Si certains titres de ce type ont été institués avec le temps, ils n'ont cependant pas permis d'atteindre à cette solution idéale, puisqu'ils ne se substituent pas aux titres nationaux : la marque communautaire, par exemple, se contente de coexister avec la marque nationale, de même que les autres titres mis en place (certificat d'obtention végétale, dessins et modèles). Ils n'en ont pas moins donné naissance à des contentieux spécifiques, qui nous ramènent directement à l'objet de cette étude.

2. Le contentieux spécifique : les titres européens de propriété intellectuelle

Le contentieux spécifique des droits de propriété intellectuelle est apparu vers le milieu des années 90, très exactement dès 1994, et pour la marque communautaire, et pour les obtentions végétales, qui elles aussi peuvent donner lieu à un titre européen, le certificat d'obtention végétale (COV) (284). L'année suivante, des dispositions spécifiques étaient consacrées audit contentieux dans le règlement de procédure du Tribunal de première instance, qui est la juridiction compétente pour en connaître.

Le Tribunal de première instance connaît ainsi des recours dirigés contre l'OHMI et l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV), recours admis sous certaines conditions que nous exposerons plus loin. Ils portent sur l'application des règles participant du régime institué par le règlement sur la marque communautaire, lequel concerne et les marques communautaires pour lesquelles il a été créé, et les dessins et modèles ; ils peuvent aussi porter sur l'application des règles parti-

(283) V. C. GRYNFOGEL, « Le risque de confusion, une notion à géométrie variable en droit communautaire des marques », *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, juin 2000, pp. 494-502, et « Les limites de la règle communautaire de l'épuisement des droits », *Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires*, éd. F. Lefebvre, avril 2001, pp. 363-373.

(284) V. C. GRYNFOGEL, « Obtentions végétales », in *Répertoire communautaire Dalloz*, septembre 2009.

cipant du règlement sur les obtentions végétales (285) selon une procédure semblable.

Important d'un point de vue quantitatif, ce contentieux contribue d'ailleurs à l'encombrement du Tribunal, le nombre d'affaires introduites devant lui passant de 34 en 2000 à 198 en 2008 (286). Cette importance et son caractère très particulier militent sans doute pour l'établissement d'une juridiction communautaire spécifique à la propriété intellectuelle, semblable à celle qui existe dans le domaine du contentieux des agents de la fonction publique. Mais nous n'en sommes pas encore là et il s'agit seulement, pour l'heure, d'exposer le fonctionnement de ce contentieux devant les chambres de recours de l'OHMI.

II. – LE « COMMENT » : L'ORIGINALITÉ DU CONTENTIEUX DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE UNIFIÉE (287)

L'originalité de ce contentieux apparaît à un double niveau : si d'emblée, elle apparaît à travers son parcours interne au sein de l'agence elle-même (A), elle se confirme, dès lors que l'on situe ce contentieux dans l'ordonnancement juridictionnel européen (B).

A. – *Le parcours interne du contentieux au sein de l'agence* (288)

Les recours afférents au contentieux de la propriété intellectuelle (telle que délimitée *supra*) diffèrent des recours de droit commun par l'obligation, imposée au requérant, de suivre un certain « circuit » interne à l'agence (2), duquel participent les chambres de recours (1).

1. *Les chambres de recours* (289)

À l'heure actuelle, cinq chambres de recours sont établies à l'OHMI, dont quatre exclusivement consacrées aux questions de marques, la dernière étant réservée aux dessins et modèles. En 2008, les chambres de recours de l'OHMI ont reçu 1815 recours. L'Office communautaire

(285) Règlement n° 2100/94, du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales, *JOCE* n° L 227, 1^{er} septembre 1994, p. 1.

(286) V. J. MOLINIER et J. LOTARSKI, *Droit du contentieux européen*, coll. Systèmes, Paris, LGDJ, 2009, pp. 217 et s.

(287) La formule « propriété intellectuelle unifiée » vise les marques communautaires, les dessins et modèles et les obtentions végétales.

(288) L'agence vise ici aussi bien l'OHMI que l'OCVV.

(289) Les règlements sur la marque communautaire et sur les variétés végétales définissent le mode de fonctionnement des chambres internes de recours (art. 57 à 63, RMC ; art. 67 à 74, Règlement n° 2100/94).

des variétés végétales, quant à lui, ne possède qu'une seule chambre de ce type, et n'a été saisi que d'une douzaine de recours en 2008. Ces chambres de recours font donc partie de l'Office, et il existe une continuité fonctionnelle entre elles et les unités d'examineurs compétents pour prendre les décisions sur les demandes d'enregistrement (290). Néanmoins, leurs membres conservent leur indépendance lorsqu'ils statuent sur une affaire, sans être liés par une quelconque instruction de l'Office. Seul s'impose à eux le respect du droit tel qu'il est interprété par le Tribunal ou la Cour de justice de l'Union européenne.

Toute chambre statuant sur un recours est composée de trois membres ; cependant, certaines affaires peuvent être appréciées par la Grande chambre ou par un membre unique :

- composée de neuf membres, la **Grande chambre** est présidée par le président des chambres de recours ; elle peut être saisie par l'une des chambres de recours qui estime que la difficulté juridique, l'importance ou le particularisme de l'affaire le justifient ; tel est notamment le cas lorsque les chambres ont rendu des décisions divergentes sur un point de droit, l'une d'entre elles le soumettant à l'appréciation de la Grande chambre, donc.

La décision de renvoi peut encore être prise, pour les mêmes raisons, par le *présidium* des chambres de recours. Enfin, une chambre peut renvoyer une affaire qui lui a été confiée à la Grande chambre, lorsqu'elle estime devoir s'écarter d'une interprétation de la législation applicable donnée dans une décision antérieure de la Grande chambre (291).

- A l'inverse, une chambre – ou le président de cette chambre si cette compétence lui a été déléguée – peut attribuer l'affaire à un seul membre. Cette option peut être prise si l'affaire doit conduire à une décision mettant fin à une procédure à la suite d'un accord intervenu entre les parties, ou lorsqu'il s'agit de statuer sur les dépens et sur la recevabilité d'un recours.

En dépit de l'analogie observée entre une chambre de recours et une formation de jugement, le Tribunal de première instance a cependant

(290) TPI, 8 juillet 1999, *Procter & Gamble c/OHMI*, aff. T-163/98, *Rec.* p. II-2383.

(291) V. également l'article 6 de la décision du 12 décembre 2006, *présidium des chambres de recours, relative à l'organisation des chambres, de la Grande chambre et à l'attribution des affaires à un seul* ; un règlement de procédure spécifique a même été adopté en la matière. C'est le règlement n° 216/1996 de la Commission, 5 mai 1996, portant règlement de procédure des chambres de recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles), *JOCE* n° L 28 du 6 février 1996, p. 11, modifié par le règlement (CE) n° 2082/2004 de la Commission du 6 décembre 2004, *JOUE* n° L 360 du 7 décembre 2004, p. 8.

indiqué que ces chambres ne peuvent pas être qualifiées de tribunal : disposant des mêmes compétences que celles des examinateurs, elles agissent en effet en tant qu'administration de l'Office, dans le cadre d'une procédure administrative d'enregistrement (292). La procédure suivie devant elle ne revêt pas une nature juridictionnelle, mais une simple nature administrative (293).

2. Le déroulement de la procédure (294) devant les chambres de recours de l'OHMI

Toute partie à une procédure interne ayant conduit à une décision peut effectuer un recours, pour autant que cette décision n'ait pas fait droit à ses demandes (295). En règle générale, le recours ne peut être formé que contre une décision mettant fin à une procédure ; si bien qu'en sont exclues les décisions provisoires – à moins qu'elles ne prévoient un recours indépendant –, ou encore les décisions de l'Office relatives à l'accès aux documents. En outre, la décision doit concerner les procédures visées dans le règlement sur la marque communautaire et dans le règlement sur les dessins ou modèles communautaires.

Au cours d'une première étape, le recours sitôt reçu est soumis à l'instance ayant rendu la décision attaquée. Dans les cas *ex parte*, soit les cas où une seule partie est concernée, cette instance **peut** faire droit au recours si elle le considère recevable et fondé. Dans le cas contraire, il est immédiatement déféré à la chambre de recours. Dans les cas *inter partes*, c'est-à-dire ceux où plusieurs parties sont concernées, cette même instance **doit** faire droit au recours si elle le considère recevable et fondé, à condition toutefois que l'autre partie l'accepte. L'instance saisie dispose d'un délai de deux mois (296) pour se prononcer sur la révision de la décision, mais elle peut rejeter le recours avant l'expiration de ce délai. Si elle considère que le recours n'est ni recevable, ni fondé, elle le défère directement à la chambre de recours.

La seconde étape est celle de l'examen du recours. Dans un cas *ex parte*, le dossier est immédiatement soumis au président de la chambre de recours compétente, qui désigne un rapporteur. Si celui-ci le juge

(292) TPI, 12 décembre 2002, *Procter & Gamble c/OHMI*, aff. T-63/01, *Rec.* p. II-5255.

(293) TPI, 20 avril 2005, *Krüger c/OHMI*, aff. T-273/02, *Rec.* p. II-1271.

(294) Cette procédure s'inspire de la procédure suivie devant une juridiction communautaire ; il n'est donc pas utile de s'y attarder.

(295) TPI, 16 septembre 2004, *MGM/Moser Group Media*, aff. T-342/02.

(296) L'acte de recours doit être déposé dans un délai de deux mois à compter du jour de la notification de la décision attaquée. Le requérant doit dans le même délai s'acquitter d'une taxe de recours.

opportun, il prend contact avec la partie requérante sur toute question majeure concernant le recours. Dans le cas contraire, un projet de décision est préparé, puis examiné par la chambre. Une fois que la décision est rendue, elle est notifiée au requérant. Quant à la procédure *inter partes* (plusieurs parties étant concernées), elle ne diffère de la précédente que sur un point, conformément au règlement de procédure des chambres de recours : la partie défenderesse peut, dans ses observations en réponse, formuler des conclusions visant à l'annulation ou à la réformation de la décision contestée sur un point non soulevé dans le recours⁽²⁹⁷⁾. C'est seulement quand la phase écrite de la procédure est terminée que le dossier est soumis au président de la chambre de recours compétente, lequel désigne un rapporteur. La suite de la procédure est identique.

Si les chambres de recours de l'OHMI ne sont pas assimilables à un tribunal, elles n'en jouent pas moins un rôle quasi juridictionnel, soit « presque » juridictionnel, puisque les décisions de ce même office sont susceptibles de recours devant elles. Enfin, leurs propres décisions peuvent faire l'objet d'un recours devant le Tribunal de première instance, formé par toute partie aux prétentions de laquelle il n'a pas été fait droit (le délai étant de deux mois à compter de la notification de la décision de la chambre de recours).

B. – *Un contentieux « éclaté »*

Le règlement fondateur de l'OHMI n'a cependant pas confié l'intégralité du contentieux sur la marque communautaire à ses chambres de recours. En réalité, il génère des solutions aboutissant à un éclatement de ce contentieux, les chambres de recours fonctionnant en relation étroite, et avec la juridiction communautaire (Tribunal et Cour de justice de l'Union européenne), comme on l'a compris, et, plus original, avec les tribunaux sur la marque communautaire (TMC), qui sont des juridictions nationales. Si l'on ne peut parler de « réseau » au sens propre du terme, l'idée n'est pas loin. Il reste cependant à examiner la façon dont se répartissent les tâches au sein de ce que nous nommerons simplement « réseau informel ».

1. *Une compétence exclusive exercée à titre principal*

En premier lieu, l'OHMI exerce sa compétence exclusive à titre principal, l'intégralité du contentieux relatif à la validité de la marque

(297) Si des observations en réponse ont été déposées, une réplique peut être soumise, à laquelle répondra éventuellement une duplique.

communautaire échappant aux juridictions nationales pour être concentrée entre les mains des institutions communautaires (298). En effet, si toutes les procédures de déchéance et de nullité relèvent de l'OHMI, ses décisions sont encore susceptibles de recours devant les chambres de recours, dont le rôle est déterminant dans le contentieux postérieur relatif à la validité de la marque, puis devant le Tribunal de l'Union européenne, dont la procédure connaît des particularités lorsqu'elle fait suite à une décision de la chambre de recours (299) ; elle se déroule en effet devant des Chambres spécialisées (au sein du Tribunal), les parties au litiges étant la partie insatisfaite et l'OHMI. Les pouvoirs du Tribunal se ramènent à la réformation et à l'annulation, mais il n'a pas de pouvoir d'injonction. Quant à la Cour de justice, elle peut être saisie comme juge de cassation. Le pourvoi se limite donc aux questions de droit (incompétence du Tribunal, irrégularités de procédure, violation du droit communautaire), l'OHMI devant prendre les mesures nécessaires pour l'exécution de l'arrêt de la Cour.

2. Les tribunaux des marques communautaires

Ces tribunaux, quant à eux, participent du « réseau » par la grâce de l'article 91 RMC, les États membres étant tenus de désigner sur leur territoire un nombre restreint de juridictions nationales de première et de deuxième instance (300). Les tribunaux des marques communautaires (TMC) sont investis d'une compétence exclusive :

– pour les demandes reconventionnelles en déchéance ou en nullité de la marque communautaire (301), et

– pour les actions en contrefaçon, qu'il s'agisse de l'identifier ou, à l'inverse, de constater son absence (302). Par exemple, lorsqu'un fait de contrefaçon est avéré, le tribunal des marques communautaires

(298) V. A. FOLLARD-MONGUIRAL, « Un an de jurisprudence sur les motifs relatifs de refus de marques communautaires », *Revue propriété industrielle*, février 2010, pp. 18 et s., et O. THIERRI et L. CLAVIER, « Un an de jurisprudence sur les motifs absolus de refus des marques communautaires », *Revue propriété industrielle*, mars 2010, pp. 22 et s.

(299) V. J. MOLINIER et J. LÓTARSKI, *Droit du contentieux européen*, op. cit. note 10, p. 220. Notons que le contentieux de la marque communautaire, celui des dessins et modèles et celui des obtentions végétales se développent tout particulièrement au sein du Tribunal.

(300) Il n'existe qu'un seul tribunal de la marque communautaire en France : c'est le Tribunal de grande instance de Paris et, au second degré, la Cour d'appel de Paris.

(301) V. à ce propos C. DE HAAS, « Le non-sens d'une marque sans usage ou le vice fondamental du droit des marques français et européen », *Propriété industrielle*, janvier 2010, pp. 11 et s.

(302) Contrefaçon avérée, menace de contrefaçon, constatation de non contrefaçon. Le demandeur à l'action est le titulaire de la marque.

peut rendre une ordonnance interdisant au défendeur de poursuivre ses actes de contrefaçon, de même qu'il peut prendre toutes mesures propres à garantir le respect de cette interdiction. Le Tribunal sur la marque communautaire accueille donc ou rejette l'action en contrefaçon et tire les conséquences de ses décisions, mais il ne prononce pas la déchéance ou la nullité de la marque. Ces tribunaux appliquent les dispositions du RMC, le droit national si la question est hors champ et les règles de procédures applicables pour la marque nationale, si le RMC n'en dispose pas différemment.

En cas de connexité, le TMC doit surseoir à statuer si la validité de la marque est déjà contestée devant un autre TMC ou devant l'OHMI; mais c'est l'OHMI qui sursoit à statuer si la validité de la marque est déjà contestée devant un TMC. Dans cette hypothèse, ce dernier peut suspendre la procédure, qui se poursuivra devant l'OHMI. Enfin, les décisions d'un tribunal des marques communautaires peuvent faire l'objet d'un appel devant le TMC de deuxième instance, avec possibilité de pourvoi devant la Cour de cassation.

On le voit, la compétence est donc partagée entre les chambres de recours de l'OHMI, le Tribunal de l'Union européenne et les tribunaux nationaux, ces derniers fonctionnant, en la matière, comme des organes de l'Union européenne (303). Cela dit et aussi originale que soit son organisation, cette compétence demeure une compétence exclusive, simplement étendue à l'ensemble du territoire européen et exercée alternativement par un organe central (l'OHMI) ou des juridictions nationales, exerçant le rôle dévolu à cet organe central.

CONCLUSION

Le règlement sur la marque communautaire de 1994 a profondément modifié les règles de compétence en matière de propriété intellectuelle (telle que délimitée *supra*), le décloisonnement des systèmes juridiques des Etats membres (304) ayant débouché sur une internationalisation du contentieux des marques, limitée à l'échelle européenne. De première part, il a créé cette institution purement communautaire qu'est l'OHMI,

(303) V. E. PATAUT, « Compétence internationale et contentieux des marques: entre droit international privé et droit communautaire », *Les Petites Affiches*, 28 octobre 2005, n° 215, pp. 6 et s. Selon l'auteur, une « demande de nullité présentée par voie de défense au fond ou demande reconventionnelle donne naissance à une figure juridique jusqu'ici inconnue du droit international privé: la compétence exclusive communautaire décentralisée, ou chaque tribunal national est considéré comme un organe de l'Union européenne ».

(304) *Ibid.*

largement indépendante des législations nationales. Ensuite et surtout, il l'a assortie de règles propres à la compétence juridictionnelle, elle aussi purement européenne et indifférente au fractionnement des ordres juridiques internes. C'est ainsi que l'agence participe au règlement d'un contentieux qui, initialement limité aux marques communautaires, s'est ensuite étendu aux dessins et modèles (305). Mieux encore, elle a fait des émules, l'OCVV fonctionnant selon un schéma en grande partie identique. A cet égard, on a pu dire du RMC et de l'OHMI qu'ils représentent « *un passionnant modèle de la construction européenne* » (306).

Cela étant, on peut se demander si ce modèle ne sera pas à moyen terme victime de son succès. Comme on l'a dit *supra*, le contentieux spécifique généré par les titres européens de propriété intellectuelle contribue pour large part à l'engorgement du Tribunal de l'Union européenne, aussi les idées s'orientent-elles dans une autre direction, notamment – et un premier temps – pour ce qui concerne le contentieux lié au futur brevet communautaire. Si les instances européennes sont persuadées de la nécessité de créer un système unifié de règlement des litiges en la matière, elles se dirigent plutôt vers la création d'une juridiction qui, selon le Conseil, est « *l'un des piliers du système du brevet communautaire* ». En dernier lieu, la Commission préconisait la création d'un tribunal de première instance en grande partie décentralisé et d'une cour d'appel unique, la Cour de justice de l'Union européenne assurant une interprétation et une application homogènes du droit communautaire (307). La marque communautaire suivra-t-elle, à terme, un cheminement identique ? Il y a tout lieu de le croire. Dès lors, peut-on toujours dire que l'OHMI est une agence pas comme les autres, ...du moins au regard de son rôle et de la place qu'elle occupe au sein du contentieux européen ? Oui pour l'instant, mais peut-être pas pour longtemps, si l'évolution des idées menait à la création – programmée – d'une juridiction spécialisée dans la connaissance du contentieux lié au futur brevet communautaire (308) puis sans doute progressivement étendue, par-delà le contentieux de la marque communautaire, à celui de l'ensemble des titres de propriété intellectuelle européens.

(305) Dessins et modèles issus du règlement n° 6/2002 précité, comme vu *supra*.

(306) E. PATAUT, *ibid.*

(307) V. communiqué de presse du IP/09/460 du 24 mars 2009.

(308) Cette création est programmée, même si les articles 257 et 262 TFUE reprennent, sans changement de fond, les articles 225A et 229A TCE, dispositions insérées dans le traité de Nice notamment pour permettre l'attribution de compétences spécifiques à la Cour de justice en matière de brevets communautaires.

LA PARTICIPATION DES ETATS TIERS AUX AGENCES DE L'UNION EUROPÉENNE

PAR

CÉCILE RAPOPORT

MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'UNIVERSITÉ DU MAINE, LE MANS

La participation des Etats tiers aux travaux des agences constitue une question à première vue secondaire, que l'on s'intéresse au phénomène même des agences ou que l'on s'intéresse aux relations de l'Union européenne avec les Etats tiers. Dans le premier cas, la réflexion porte généralement sur la nature et les pouvoirs conférés à celles que la Commission décrit, plus qu'elle ne définit, comme des « *entité[s] juridique[s] autonome[s] établie[s] par l'autorité législative pour participer à la régulation d'un secteur à l'échelle européenne et à la mise en œuvre d'une politique communautaire* [aujourd'hui de l'Union] » (309). Dans le second cas, c'est l'étude globale d'une relation bilatérale qui prime, la participation de l'Etat tiers à l'agence ne constituant alors qu'un moyen d'illustrer la nature de la relation nouée entre ce tiers et l'Union.

Le phénomène de participation d'Etats tiers, c'est-à-dire d'Etats non membres de l'Union européenne, aux activités de ses agences est donc encore mal connu. Que recouvre-t-il exactement ? La réponse est loin d'être univoque. L'Etat tiers peut tout d'abord contribuer à l'exercice de la mission de service public de l'agence. Il en va notamment ainsi lorsque l'agence et l'Etat tiers (plus précisément un service public de celui-ci) trouvent un avantage mutuel à coopérer (310). L'Etat tiers peut ensuite prendre part aux activités de l'agence mais en participant pour cela à l'agence elle-même, c'est-à-dire à l'organisation et au financement de sa mission. La présence d'un Etat tiers au sein d'un organisme de

(309) V. COM(2005) 59 final du 25/2/2005, Projet d'accord interinstitutionnel « pour un encadrement des agences européennes de régulation ».

(310) Tel est le sens qu'il convient par exemple de donner aux accords de coopération stratégique et technique conclus entre Europol et les Etats-Unis ou l'Australie permettant l'échange de données personnelles utiles à la lutte contre la grande criminalité.

l'Union soulève alors la question des modalités juridiques de sa concrétisation.

Point de rencontre de deux thématiques fort différentes, les relations extérieures, d'une part, la gouvernance de l'Union, d'autre part, la participation des Etats tiers aux travaux des agences de l'Union peut s'envisager à travers le prisme de l'une ou de l'autre. L'apport de cette participation aux relations extérieures l'Union ayant déjà fait l'objet d'une étude (311), il ne sera rappelé que rapidement au travers d'une présentation de l'état de la participation des Etats tiers aux travaux des agences (I). Il nous a en effet semblé plus adéquat d'insister, dans la présente contribution, sur ce que cette participation révèle à propos de la nature des agences et des relations qu'elles entretiennent avec les institutions de l'Union.

La participation de l'Etat tiers n'est que bien peu envisagée par les débats récents conduits sur les organismes décentralisés de l'Union. Elle apparaît comme une question secondaire faisant consensus au point que la Commission proposait, dans son projet d'accord interinstitutionnel (312), de codifier pour les généraliser les pratiques déjà en vigueur. Les débats se focalisent en revanche sur l'encadrement et l'évaluation de ces organismes autonomes.

Il semble en effet que les créatures échappent progressivement à leur créateur. Dans la majeure partie des cas (313), la Commission s'est délestée, au profit des agences, de tâches de régulation et d'expertise pour se concentrer sur l'élaboration des politiques publiques de l'Union européenne et ainsi centrer son action sur des questions plus politiques. Les agences remplissent par conséquent une mission ciblée d'administration du domaine qui leur est confié. Simples organismes de l'Union européenne, elles assument des tâches moins « nobles » que les institutions. Ces tâches ne s'en sont pas moins révélées stratégiques dans la mesure où elles touchaient directement les opérateurs économiques et les citoyens de l'Union, sans que le Parlement européen n'ait d'occasion

(311) Outre le chapitre consacré aux agences dans notre étude sur *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens. Etude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, série thèse, Bruxelles, Bruylant, 2011, il faut mentionner la recherche conduite par Andréa ORT sur les relations extérieures des agences de l'Union. V. cet auteur, « EU regulatory Agencies in EU External Relations: Trapped in a Legal Minefield Between European and International Law », *European Foreign Affairs Review*, vol. 13, 2008, pp. 515-540.

(312) Précité note 1.

(313) Les agences relevant de l'ex-deuxième et de l'ex-troisième pilier n'entrent pas tout à fait dans le même schéma dans la mesure où soit leur mission était déjà exercée par une autre entité dont elles ont pris la suite (agences du 2^e pilier) soit leur constitution a marqué le développement de nouvelles politiques (agences du 3^e pilier).

d'exercer une réelle surveillance. Jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (314), le tribunal de première instance a lui-même dû faire preuve d'une certaine audace pour connaître des recours en annulation exercés contre leurs actes par les requérants individuels (315).

Conscientes de l'importance du pouvoir réellement confié aux agences, les institutions cherchent, sous la pression du Parlement européen (316), les moyens de renforcer la surveillance et l'évaluation de ces agences (317) dont la gestion a par ailleurs fait l'objet de vives critiques de la part de la Cour des comptes de l'Union européenne (318).

Les questions de gouvernance soulevées par l'existence des agences n'ont pas été sans conséquences sur les modalités d'association des Etats tiers à leurs activités. Dans sa formalisation juridique, la participation des Etats tiers reproduit, en effet, le fragile équilibre recherché par l'Union au travers de ces organismes : celui d'une autonomie sous contrôle de structures dépourvues de légitimité, jusqu'à récemment inconnues des traités, mais néanmoins chargée d'administrer quotidiennement des pans entiers de l'action européenne.

Ainsi, quoique peu sensible politiquement, la participation des Etats tiers aux travaux des agences demeure maîtrisée par les institutions de l'Union (II), qui dans leur manière de l'envisager ont veillé à ce que la présence de tiers ne porte pas atteinte à l'autonomie des agences et par la même à l'exercice de leurs missions (III).

(314) Celui-ci élargit les possibilités de recours en annulation des particuliers aux actes des organes et organismes de l'Union. V. art. 263 TFUE.

(315) TPICE, 8 oct. 2008, *Sogelma c/ Agence européenne pour la reconstruction*, aff. T-441/06; TPICE, 17 juin 2008, *FMC Chemical SPRL c/ Autorité européenne de sécurité des aliments*, aff. T-312/06; TPICE, 17 juin 2008, *Dow AgroSciences Ltd c/ Autorité européenne de sécurité des aliments*, aff. T-397/06; TPICE, 17 juin 2008, *FMC Chemical SPRL & Arysta Lifesciences c/ Autorité européenne de sécurité des aliments*, aff. T-311/06.

(316) V. la Résolution du PE du 21 octobre 2008 « sur une stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation », P6_TA(2008)0495. Le Parlement a obtenu de la Commission et du Conseil que la création de nouvelles agences n'intervienne qu'à l'issue des travaux du groupe de travail interinstitutionnel chargé d'élaborer des règles communes de fonctionnement et d'évaluation des agences. Notons que la « prolifération » de ces organismes autonomes dotés d'une légitimité essentiellement technocratique est également décriée par les deux chambres du Parlement français. V. Sénat français, Rapport d'information n° 17 de la commission des affaires européennes et de la commission des finances « sur l'évaluation de l'activité des agences européennes », 7/10/2009; V. également le Rapport d'information n° 3069 de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne « sur les agences européennes » du 3/5/2006.

(317) V. COM(2008) 135 final du 11/3/2008, Communication de la Commission, « Agences européennes - Orientations pour l'avenir ». Dans ce texte, la Commission s'engage notamment à conduire une évaluation horizontale de toutes les agences de régulation et propose d'étudier l'idée d'un service commun d'aide à la gestion des agences.

(318) Rapport spécial de la Cour des comptes n° 5/2008, « Agences de l'Union : obtenir des résultats ».

I. – FINALITÉS ET RÉALITÉ DE LA PARTICIPATION DES ÉTATS TIERS AUX TRAVAUX DES AGENCES

Mal connue, la participation des États tiers aux travaux des agences est également peu médiatisée. Hormis les cas dans lesquels, la participation de l'État tiers fait l'objet d'engagements juridiques conventionnels publiés au Journal officiel, il faut bien souvent compter sur la transparence dont chaque organisme fait (ou ne fait pas) preuve pour être en mesure de dresser panorama des États tiers participant aux activités des différentes agences décentralisées de l'Union. Leur nombre étant finalement réduit, il est possible d'observer l'état de la participation des États tiers au moyen de tableaux (B) à même d'illustrer les finalités de cette participation (A).

A. – *Les finalités de la participation des États tiers aux travaux des agences*

L'association des États tiers aux travaux des agences présente un intérêt à deux égards. Tout d'abord, elle prolonge à un niveau opérationnel un partenariat entre l'Union et un État tiers servant, en cela, une relation bilatérale plus globale. En effet, cette participation met en relation des experts scientifiques, des représentants gouvernementaux de l'État tiers et des vingt-sept États membres traduisant sur le terrain un partenariat décidé au plus haut niveau diplomatique. Le contact régulier, les échanges d'informations, de points de vue, de personnels vont permettre une homogénéisation des cultures administratives de nature à faciliter encore davantage la coopération. Plus largement, la participation d'États tiers permet à leurs administrations et à celles des États membres de réagir de manière convergente aux informations et expertises obtenues dans le cadre d'une agence de l'Union européenne, convergence d'autant plus souhaitable que les informations portent sur des phénomènes internationaux. Par ailleurs, à partir du moment où une agence fonctionne comme un réseau d'institutions ayant chacune pour mission de contribuer à la fourniture d'informations, l'agence nationale du pays tiers membre du réseau est incitée à fournir des données de qualité si elle ne veut pas voir sa crédibilité mise en cause et les perspectives de coopération ultérieure disparaître (319). Une telle « socialisation » est particulièrement

(319) V. G. MAJONE, « The new European agencies: regulation by information », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, 1997, pp. 262-275, spéc. pp. 271-274. Empruntant à la théorie économique des jeux le modèle du « jeu de confiance », l'auteur montre que dès lors qu'elles sont amenées à coopérer et échanger des informations de façon durable, les agences nationales ont tout intérêt à se donner les moyens de fournir au réseau des informations fiables.

utile dans l'hypothèse où l'Etat tiers poursuit par ailleurs un objectif d'intégration à l'Union ou à son marché intérieur. Il se produit alors entre l'Etat tiers et les Etats membres une forme d'intégration administrative proche de celle qui s'est développée entre les Etats membres à la suite du travail en réseau de leurs agences nationales.

Ensuite, la participation d'Etats tiers contribue à l'efficacité des politiques sectorielles de l'Union en permettant à une agence d'exercer si nécessaire son pouvoir de régulation au-delà du cadre territorial des Vingt-sept. L'ouverture des travaux de l'agence s'avère ainsi particulièrement précieuse pour une agence dont la mission présente une dimension externe. Tel est le cas de l'Agence Frontex dont la mission principale est d'organiser la coopération des Etats membres aux frontières de l'Union. Tel est également le cas d'Europol et d'Eurojust dont l'action en matière pénale les conduit à lutter contre la criminalité transfrontalière dont on imagine aisément qu'elle ne se limite pas au franchissement des frontières intérieures de l'Union.

B. – *L'état de la participation des Etats tiers aux travaux des agences*

Deux modalités de participation aux travaux des agences peuvent être distinguées, selon que l'Etat tiers intègre les structures de l'agence et participe donc organiquement à la mission de service public assignée à celle-ci (participation-intégration), ou qu'il se contente de coopérer avec l'agence par l'intermédiaire d'une structure nationale remplissant une mission de service public analogue à celle qui est assignée à l'agence (participation-coopération).

La participation-intégration reste finalement très limitée, et concerne des Etats entretenant une relation partenariale étroite avec l'Union européenne. Les quatre Etats AELE sont en effet fortement intégrés au fonctionnement du marché intérieur (pour les 3 membres de l'EEE) ainsi qu'à l'Espace de liberté, de sécurité et de justice via leur association au développement de l'acquis de Schengen. La participation-coopération, qui sert plus directement la mission de l'agence, concerne naturellement davantage d'Etats tiers. Sont privilégiés les Etats géographiquement proches (320) de l'Union ou les Etats partageant les mêmes objectifs de sécurité que celle-ci.

(320) Ce qui impose notamment une modulation de l'intensité de la coopération selon que l'Etat tiers concerné respecte les droits fondamentaux de la personne humaine.

**TABLEAU N° 1 : ÉTAT ET DATE DE LA PARTICIPATION-INTÉGRATION
DES ÉTATS TIERS AUX AGENCES DE L'UNION EUROPÉENNE**

	ARYM	CH	CR	IS	LI	NO	RU	TQ
Agence européenne pour l'environnement								
Observatoire européen des drogues et des toxicomanies		2006		1994	1885	1994		2001
Agence de la sécurité aérienne			2010			2000		2008
Agence ferroviaire européenne				2004	2004	2004		
Agence européenne pour la sécurité maritime				2005	2005	2005		
Agence européenne pour l'évaluation des médicaments				2003	2003	2003		
Centre européen de prévention et de contrôle des maladies				1999	1999	1999		
Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information				2005	2005	2005		
Agence des droits fondamentaux			en cours					
Agence Frontex (321)		2009		2007	2009	2007		

Légende: ARYM = ancienne République yougoslave de Macédoine, CH = Confédération helvétique, CR = Croatie, IS = Islande, LI = Liechtenstein, NO = Norvège, RU = Russie, TQ = Turquie

(321) Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières de l'Union européenne

TABLEAU N° 2 : ETAT ET DATE DE LA PARTICIPATION-COOPÉRATION DES ETATS TIERS AUX TRAVAUX DES AGENCES DE L'UNION EUROPÉENNE

	EUROPOL (PARTICIPATION VIA DES ACCORDS DE COOPÉRATION STRATÉGIQUE)	EUROJUST (PARTICIPATION VIA DES ACCORDS DE COOPÉRATION)	FRONTEx (PARTICIPATION VIA DES ARRANGEMENTS DE COOPÉRATION TECHNIQUE ET OPÉRATIONNELLE)
Albanie	2007		2009
ARYM	2007		2009
Australie	2007		
Belarus			2009 (322)
Bosnie-Herzégovine	2007		2009
Canada	2005		
Cap vert			
Colombie	2004		
Croatie	2006	2007	2009 (323)
Egypte			<i>Coopération envisagée</i>
Etats-Unis	2001	2006	2009 (324)
Géorgie			<i>Coopération envisagée</i>
Islande	2001	2005	
Libye			<i>Coopération envisagée</i>
Maroc			<i>Coopération envisagée</i>
Mauritanie			<i>Coopération envisagée</i>
Moldavie	2007		2008
Monténégro	2008		2009
Norvège	2001	2006	
Russie	2003		<i>Coopération envisagée</i>
Sénégal			<i>Coopération envisagée</i>
Serbie	2008		2009
Suisse	2004	2008	
Turquie	2004		En cours de négociation
Ukraine			2007 (325)

(322) Arrangement de coopération technique et opérationnelle avec le Comité des frontières d'Etat.

(323) Arrangement technique avec le ministère de l'intérieur.

(324) Arrangement de coopération technique et opérationnelle avec le département de la sécurité intérieure.

(325) Arrangement administratif avec le service de garde-frontières.

Le phénomène de participation des Etats tiers reste malgré cela peu fréquent et poursuit deux finalités : servir les objectifs de l'agence et servir les objectifs de la politique extérieure de l'Union. Si dans la première hypothèse, il est certain que la participation de l'Etat tiers s'inscrit directement dans les orientations de l'agence, on peut se demander si dans la seconde hypothèse, les exigences de l'action extérieure priment sur les intérêts de l'agence, posant la question plus fondamentale de l'existence d'une hiérarchie entre les politiques de l'UE. Pareille hiérarchie n'est pas postulée par le traité. Ce dernier se borne à poser une exigence de cohérence entre les politiques de l'Union européenne présentant une dimension externe (326). Cette clause de cohérence impose l'absence de contradictions entre les actions extérieures de l'Union et invite à toujours plus de synergies dans les politiques extérieures de l'Union européenne.

C'est ainsi que la dimension externe des politiques sectorielles de l'Union est mise au service des relations extérieures de l'Union avec des Etats tiers. Inversement, le développement de relations bilatérales globales avec un partenaire doit s'inscrire dans la poursuite d'objectifs propres à chaque politique sectorielle (327).

A son niveau, le cas de la participation des Etats tiers aux agences de l'Union européenne n'échappe pas à cette exigence de conciliation de deux politiques de l'Union. L'étude du cadre juridique et des modalités de participation des Etats tiers montre néanmoins une protection permanente de l'intégrité des agences et des missions qu'elles assument.

II. – UNE PARTICIPATION PRÉSERVANT LA SURVEILLANCE PAR LES INSTITUTIONS DE L'UNION

Autonomes dans l'exercice de leurs mission, les agences restent, pour ce qui est d'appréhender l'opportunité d'associer tel ou tel Etat tiers, sous l'autorité directe des institutions de l'Union. Ces dernières exercent sur cette question un double contrôle. Au contrôle *in abstracto* du législateur lors de l'élaboration de l'acte de base de l'agence (A)

(326) V. l'article 21, paragraphe 3, al. 2, du TUE qui dispose : « L'Union veille à la cohérence entre les différents domaines de son action extérieure et entre ceux-ci et ses autres politiques. (...) »

(327) L'exemple de la politique commerciale de l'Union illustre particulièrement bien cette réalité. Dans le cadre de cette politique un certain nombre de partenaires ont été identifiés comme devant se voir offrir un accord de libre-échange ambitieux, qui peut alors constituer le volet commercial d'un accord plus global négocié par la DG relations extérieures avec ledit partenaire.

succède un contrôle *in concreto* des institutions lors de l'aménagement effectif de la participation d'un Etat tiers aux travaux de l'agence (B).

A. – *Un encadrement in abstracto dans l'acte de base de l'Agence*

Dans ses communications relatives à la participation des pays candidats, des pays des Balkans occidentaux et des bénéficiaires de la politique européenne de voisinage (PEV), la Commission identifie généralement les agences qui lui paraissent pouvoir être utilement ouvertes à la participation de ces catégories spécifiques d'Etats tiers. Toutefois, ce travail de recensement ne préjuge pas de la participation réelle de ces Etats qui demeurent soumise aux règles posées dans les actes constitutifs de chaque agence. Ces derniers doivent en effet prévoir le principe même d'une ouverture de l'agence aux Etats tiers (1) de même que les conditions et la manière dont ils peuvent être associés aux travaux de l'agence (2).

1. *La détermination du principe de l'ouverture aux Etats tiers*

La participation d'un Etat tiers aux activités d'une agence n'est possible que si les statuts de cette dernière le prévoient. Ainsi, l'accord conclu avec l'Etat tiers se doit de respecter le droit dérivé dont il ne constitue qu'une modalité d'application. Il est ainsi certain que la participation de l'Etat tiers servira la mission de l'agence mais surtout ne la dénaturera pas au profit d'une politique extérieure plus globale. Plus largement, l'existence d'une base juridique dans les statuts de l'agence constitue l'expression d'un principe de spécialité et du principe de l'équilibre institutionnel. En tant qu'établissement public, l'agence n'est autonome que dans la limite fixée par l'acte qui l'institue.

S'interrogeant sur l'intérêt d'ouvrir les agences communautaires à la participation des Etats candidats, la Commission avait distingué deux hypothèses (328). Dans l'hypothèse où les règlements communautaires instituant les agences renfermaient une « clause d'ouverture », il suffisait de conclure avec les pays candidats des accords bilatéraux en vue de leur participation à chacune des agences. Dans l'hypothèse contraire, il était nécessaire de modifier au préalable les règlements des agences dépourvues de « clause d'ouverture ». La Commission proposa à l'époque de recourir à un règlement unique fondé sur l'article 308 CE modifiant les règlements communautaires des agences concernées.

(328) Communication de la Commission, « Participation des pays candidats aux programmes, agences et comités communautaires », COM (99) 710 final du 20/12/99, p. 8.

Une fois cette modification effectuée, des accords auraient pu être négociés. Cette suggestion d'un règlement unique fondé sur l'ex-article 308 CE n'a jamais connu de suite. Elle n'aurait cependant pas généré d'atteinte à l'équilibre institutionnel dans la mesure où les règlements dépourvus de « clause d'ouverture » avaient été adoptés sur la base de l'ex-article 235 CE (devenu art. 308 CE puis 352 TFUE) (329).

Cette hiérarchisation des normes de droit dérivé peut néanmoins être contournée, comme cela s'est produit, par nécessité, pour assurer la participation des pays AELE membres de l'EEE à certaines agences de régulation. On peut ainsi prendre l'exemple de la participation de l'Islande, de la Norvège et du Liechtenstein à l'Agence européenne des médicaments. Cette agence n'est pas en principe ouverte à la participation d'Etat tiers. Seule la participation de représentants d'organisations internationales « *s'intéressant à l'harmonisation des réglementations en matière de médicaments* » en qualité d'observateurs est prévue (330).

Pourtant, les trois Etats AELE membres de l'EEE participent aux travaux de cette agence en application de la décision n° 74/1999 du comité mixte de l'EEE du 28 mai 1999 (331). La décision du Comité mixte modifie donc implicitement le règlement instituant l'AEM. Il faut cependant préciser que la participation de ces Etats présente des spécificités. Plus qu'elle n'organise la participation à cette agence, la décision n° 74/1999 du comité mixte de l'EEE constitue un accord modifiant l'étendue de l'acquis communautaire à reprendre par les Etats AELE. Cette décision incorpore donc certains éléments nouveaux de l'acquis utiles au bon fonctionnement de l'EEE. Or parmi cet acquis nouveau figure le règlement instituant l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments.

(329) Voir par exemple le règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994, instituant l'Office communautaire des variétés végétales, *JOCE* L 227 du 1^{er} septembre 1994, p. 1 ; le règlement (CE) n° 40/94 du Conseil relatif à la marque communautaire, *JOCE* L 11 du 14 janvier 1994, p. 1 ; le 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, *JOCE* L 214 du 24 août 1993, p. 1.

(330) Art. 77 du nouveau règlement. V. Règlement (CE) n° 726/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, établissant des procédures communautaire pour l'autorisation et la surveillance en ce qui concerne les médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments, *JOUE* L 136 du 31 avril 2004, p. 1. L'ancien règlement n'envisageait pas davantage la participation d'Etats tiers. V. Règlement (CEE) n° 2309/93 du Conseil, 22 juillet 1993, *JOCE* L 214 du 24 août 1993, p. 1.

(331) Décision n° 74/1999 du Comité mixte de l'EEE, du 28 mai 1999, modifiant le protocole 37 et l'annexe II (réglementations techniques, normes, essais et certification) de l'accord EEE, *JOCE* L 284 du 9 novembre 1999, p. 65.

Le principe de la participation d'Etats tiers aux activités des agences est admis dans la grande majorité d'entre elles. En effet, à ce jour, seules cinq agences (332) parmi les vingt-huit agences existantes ne sont ouvertes à la participation d'aucun Etat tiers.

2. *La détermination des conditions et de l'ampleur de l'ouverture de l'agence aux Etats tiers*

L'ouverture des activités d'une agence à la participation d'un Etat tiers n'est pas inconditionnelle. Les clauses d'ouverture précisent généralement les critères objectifs préalables que doit remplir l'Etat tiers souhaitant participer aux travaux de l'agence. L'examen de ces critères révèle l'exigence d'une proximité normative entre le droit de l'Union et le droit applicable au sein de l'Etat tiers.

Six agences de régulation (l'Agence européenne de la sécurité maritime, l'Agence européenne de la sécurité aérienne, l'Agence ferroviaire européenne, l'Autorité européenne de sécurité des aliments, l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, et le Centre de prévention et de contrôle des maladies (333)) réservent la participation à leurs activités aux Etats tiers «*appliquant le droit communautaire*» en vertu d'accords externes les liant à la Communauté. Une telle exigence semble logique dans la mesure où ces agences assurent la régulation de secteurs particuliers du marché intérieur. Elles ne présentent en réalité que peu d'intérêt pour un Etat tiers dont les opérateurs économiques ne participent pas effectivement au marché intérieur dans les domaines correspondants. En revanche, il semble heureux que le projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation qui proposait de codifier cette pratique pour toutes les agences (334) ait finalement été retiré. Bien

(332) Il s'agit des agences suivantes: CEDEFOP, Agence européenne des médicaments, Office d'harmonisation du marché intérieur, Centre de traduction de l'Union européenne, Office européen des variétés végétales. Si aucune disposition du règlement instituant l'Office des variétés végétales n'évoque expressément la participation d'Etats tiers à ses travaux, l'article 39 du règlement l'instituant admet la possibilité pour des observateurs d'être invités à participer aux réunions du conseil d'administration. V. article 39 paragraphe 5 du règlement n° 2100/94, du 27 juillet 1994. La Commission déduit de cette disposition la possibilité d'admettre le représentant d'un Etat tiers. V. le tableau récapitulatif des possibilités d'ouverture des agences de l'UE aux partenaires PEV disponible via http://ec.europa.eu/world/enp/pdf/enp_agencies_listb_oct2007_en.pdf

(333) A défaut d'application du droit communautaire, cette dernière agence tolère néanmoins l'application d'une «*légalisation équivalente*». V. l'article 30 du règlement n° 851/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, *JOUE* L 142 du 30 avril 2004.

(334) Son article 24 disait en effet: «*L'agence est ouverte à la participation des pays tiers qui ont conclu avec la Communauté européenne des accords prévoyant l'adoption et l'application par ces pays du droit communautaire dans le domaine couvert par l'acte de base*».

peu d'Etats tiers auraient réellement été en mesure de participer aux travaux des agences.

Pour les six agences mentionnés, seuls les pays de l'Association européenne de libre-échange (AELE) membres de l'Espace économique européen (EEE) remplissent actuellement la condition posée par leur acte de base. Ils sont les seuls à participer effectivement à leurs activités.

D'autres Etats tiers engagés pourraient à terme remplir la condition d'alignement normatif, mais encore faudrait-il que cela se fasse en vertu d'un engagement conventionnel. On peut en effet se demander si les pays candidats ou ceux bénéficiant de la politique de voisinage remplissent cette condition. Ces pays conduisent certes des réformes ayant pour effet de rapprocher leurs législations des standards normatifs de l'Union, voire de procéder à un véritable alignement. Toutefois, cet alignement intervient en application des instruments de *soft law* que constituent les partenariats pour l'adhésion, les partenariats européens et les plans d'action. Dans la mesure où ces instruments complètent et mettent en œuvre des accords bilatéraux (accord d'association, accords de stabilisation et d'association et accords de partenariat et de coopération) contenant une clause générale invitant l'Etat tiers au rapprochement des législations (335), on pourrait, à la rigueur, considérer la condition exigée par l'acte de base comme remplie. Un tel raisonnement pourrait néanmoins être difficile à tenir à l'égard des « voisins du Sud », dont les accords euroméditerranéens d'association (également mis en œuvre par des plans d'action) n'abordent le rapprochement des législations que comme un objectif à atteindre.

On ne peut toutefois s'empêcher de relever, à l'égard des pays candidats comme des pays voisins, l'important décalage entre le discours tenu par les DG « relations extérieures » et « élargissement » de la Commission et la réalité juridique établie par le législateur. Si un grand nombre d'agences semblent théoriquement ouvertes à ces pays, ils ne seront effectivement en mesure de participer à certaines d'entre elles qu'à long terme. On comprend alors que bien peu d'entre eux participent pleinement aux travaux des agences en dépit des possibilités de soutien financier offertes par l'Union (voir *infra*).

La proximité normative semble également constituer un critère décisif pour la coopération d'Europol et d'Eurojust avec les pays tiers.

(335) C'est effectivement le cas pour les accords de partenariat et de coopération et les accords de stabilisation et d'association. En revanche rien de tel ne peut être décelé à la lecture des accords euroméditerranéens d'association dans lesquels le rapprochement des législations est envisagé comme un objectif à atteindre.

Pour ces agences intervenant dans ce qui constituait antérieurement le 3^e pilier, il n'est pas question d'exiger un alignement des Etats tiers sur le droit de l'Union. Il importe néanmoins de s'assurer que les législations nationales des Etats tiers offrent un niveau suffisant de protection des données personnelles pour permettre une coopération respectueuse des droits fondamentaux garantis par l'Union. Ce critère prime largement sur celui de la proximité géographique ou l'existence de relations partenariales étroites y compris de préadhésion.

Les statuts de l'agence exigent parfois que l'Etat tiers présente des qualités spécifiques comme, par exemple, celle d'être un Etat européen(336), Etat candidat(337) ou d'être membre d'une organisation internationale. Le Centre satellitaire de l'Union européenne offre ainsi un accès privilégié aux Etats candidats ainsi qu'aux Etats tiers européens membres de l'OTAN. De même, l'Agence européenne de défense octroie des conditions de participation privilégiée à la Norvège et à la Turquie du fait de leur participation à l'Organisation de l'armement de l'Europe occidentale (OAEO) héritée de leur statut d'Etats membres associés à l'Union de l'Europe occidentale (UEO).

Enfin, certaines agences ne posent pas d'exigences particulières autres que celle de partager les objectifs qui leur sont assignés, ce qui semble effectivement être la moindre des choses. Il s'agit généralement d'agences jouant un rôle de collecte et de fourniture d'informations pour le compte des institutions et des Etats membres ainsi qu'un rôle d'animation d'un réseau d'agences nationales. Ainsi par exemple, le CEPOL est ouvert sans condition spécifique à des coopérations impliquant les organismes d'autres Etats tiers même s'il s'adresse plus particulièrement aux organismes de formation des Etats candidats, de l'Islande, de la Norvège et de la Suisse (338). Il en va par exemple de même

(336) C'est le cas de l'Agence européenne de la sécurité aérienne dont le statut dispose à l'article 55: « *L'Agence est ouverte à la participation des pays tiers européens qui sont parties à la convention de Chicago et qui ont conclu avec la Communauté européenne des accords en vertu desquels ils ont adopté et appliquent le droit communautaire dans le domaine couvert par le présent règlement et par ses règles de mise en œuvre.* ». V. Règlement (CE) n° 1592/2002 du Parlement européen et du Conseil, du 15 juillet 2002, concernant des règles communes dans le domaine de l'aviation civile et instituant une Agence européenne de la sécurité aérienne, *JOCE* L 240 du 7 septembre 2002.

(337) C'est notamment le cas de l'Agence européenne des droits fondamentaux ouverte à la seule participation des pays candidats et des pays avec lequel un accord de stabilisation et d'association a été conclu par la Communauté européenne. V. l'article 28, paragraphes 1 et 3, du règlement n° 168/2007 du Conseil, du 15 février 2007, portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, *JOUE* L 53 du 22 février 2007.

(338) V. l'article 8, paragraphe 2, de la décision du Conseil 2005/681/JAI, du 20 septembre 2005, instituant le CEPOL et abrogeant la décision 2000/820/JAI, *JOUE* L 256 du 1^{er} octobre 2005.

pour l'Agence européenne pour l'environnement ouverte sans condition particulière.

Quel que soit le degré d'ouverture de l'agence, la participation de l'Etat tiers n'est possible qu'à l'issue d'un engagement conventionnel, qui donne à nouveau l'occasion aux institutions de l'Union d'exercer leur contrôle, cette fois-ci *in concreto*.

B. – *Un encadrement in concreto via l'accord externe conclu avec l'Etat tiers*

Indépendamment de l'intensité de la participation de l'Etat aux activités d'une agence, la conclusion d'un accord intervient préalablement. Cet accord fixe au cas par cas les modalités et conditions de participation de l'Etat tiers cocontractant dans le respect du règlement instituant l'agence (auquel la décision de signature de l'accord se réfère) et des missions assignées à celle-ci. Ces dernières sont généralement rappelées en préambule de l'accord et ce même si, par ailleurs, cet accord s'inscrit dans un processus d'élargissement (339). Ainsi, la mission de l'agence n'est jamais reléguée au second plan derrière une finalité diplomatique plus globale.

La nature juridique de cet accord de même que les parties contractantes pourront varier selon le degré de participation envisagé. En effet, dans certains cas l'Etat tiers conclura l'accord externe avec l'Union européenne (comme antérieurement avec la Communauté (340)) tandis que dans d'autres cas, il aura l'agence elle-même comme co-contractant. Cette deuxième configuration probablement héritée de l'absence personnalité juridique internationale explicite de l'Union ne traduit cependant aucun degré d'autonomie supplémentaire de la part des agences. Dans cette hypothèse comme dans l'autre, le contrôle institutionnel exercé sur les agences demeure complet.

(339) Les préambules des accords sont axés sur les missions de l'agence concernée et la préoccupation commune de l'Etat tiers et de la Communauté/de l'Union pour la mission confiée à l'agence quand l'Etat n'est pas candidat. V. par exemple l'accord entre la Communauté européenne et le royaume de Norvège concernant la participation de la Norvège aux travaux de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *JOUE* L 257 du 11 octobre 2000. Le préambule place sur un pied d'égalité les finalités et objectifs de l'agence et l'objectif d'adhésion lorsqu'il s'agit d'un candidat. V. par exemple, l'accord entre la Communauté européenne et la République de Turquie concernant la participation de la République de Turquie aux activités de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, *JOUE* L 323 du 8 décembre 2007.

(340) V. par exemple, la proposition de décision du Conseil relative à la signature d'un accord entre la République de Croatie et l'Union européenne concernant la participation de la République de Croatie aux activités de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, COM(2010) 20 final du 3 février 2010.

1. Un encadrement direct dans les accords liant l'Etat tiers à l'Union européenne

Laisser les agences de régulation libres de conclure avec des Etats tiers des accords permettant à ces derniers de participer à leurs travaux reviendrait à leur octroyer une marge d'appréciation politique et un pouvoir normatif incompatibles avec l'esprit qui préside à leur existence (341). En effet, l'Union souhaite conserver la faculté d'instrumentaliser la conclusion de l'accord, par exemple en la conditionnant à l'accomplissement par le pays tiers de réformes sans lien direct avec le domaine d'action de l'agence. De même, l'Union pourrait exiger, parallèlement à la conclusion de l'accord, le respect effectif de normes, la conclusion d'un autre accord l'intéressant, la résolution diplomatique d'un différend... Autant de possibilités qui disparaîtraient avec le transfert de la compétence conventionnelle à l'agence.

Par ailleurs, conclure un accord permettant à l'Etat tiers de participer aux travaux d'une agence semble dépasser largement les compétences susceptibles de lui être déléguées. Une agence ne saurait avoir d'autre compétence décisionnelle qu'un pouvoir de décision individuelle expressément prévu (342) dans ses statuts, exercé sous le contrôle de la Commission, et restant du domaine de la « *marge d'appréciation technique pour exécuter certaines législations spécifiques* » (343). La Cour de justice a d'ailleurs indiqué dès 1956, que « *la délégation d'un pouvoir discrétionnaire, en le confiant à des autorités différentes de celles qui ont été établies par le Traité (...) porterait atteinte [à l'équilibre des pouvoirs, garantie fondamentale accordée par le Traité]* » (344). Ces organismes ne sauraient être investis que de pouvoirs d'exécution, toute autre forme de délégation « *en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opèr[ant] un véritable déplacement de responsabilité* » (345). Si pour une partie de la

(341) Cet esprit sera codifié dans l'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation. L'article 5, paragraphe 1, de ce dernier dispose qu'une agence ne peut: « (...) a) adopter des mesures réglementaires générale; b) se voir confier un pouvoir de décision dans des domaines où elle devrait arbitrer des conflits entre intérêts publics ou exercer un pouvoir d'appréciation politique (...) ». V. COM (2005) 59 final, p. 12.

(342) Voir en ce sens le « projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation », COM (2005) 59 final du 25 février 2005 pp. 5 et 11; la communication de la Commission, « L'encadrement des agences européennes de régulation », COM (2002) 718 final du 11 février 2002, pp. 9 et 12.

(343) I. MULLER-QUOY, « L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne – Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », préc., p. 20.

(344) CJCE, arrêt du 13 juin 1958, *Méroni*, Aff. 9/56, Rec. p. 11, spéc. pt. 44.

(345) *Ibid.* I. MULLER-QUOY note à ce propos que « les règlements portant création des organismes communautaires décentralisés soulignent dans tous les cas qu'ils doivent maintenir

doctrine⁽³⁴⁶⁾ il serait possible de confier aux agences des pouvoirs discrétionnaires, il faut admettre que doter les agences d'un pouvoir conventionnel ne semble pas de nature à maintenir « *l'équilibre institutionnel des pouvoirs sous-tendant la structure constitutionnelle de l'Union* »⁽³⁴⁷⁾.

Dans certains cas, la participation aux agences prendra la forme d'un acte de droit dérivé d'un accord d'association préexistant entre la Communauté et des Etats tiers. Jusqu'à présent, seul le fonctionnement de l'Espace économique européen a nécessité l'adoption de décisions du Comité mixte de l'EEE prévoyant la participation des Etats AELE membres de cet Espace aux activités de différentes agences.

Quelle qu'en soit la forme juridique, accord autonome ou décision d'un organe mixte, la participation pleine et entière à une agence présuppose un accord externe entre l'Union et l'Etat concerné. Une fois cet accord conclu, il sera cependant possible à une agence, dans la mesure où son règlement fondateur le permet, de conclure elle-même des accords externes de nature administrative. En effet, la plupart des règlements reconnaissent aux agences, une telle capacité juridique.

La superposition de deux personnalités juridiques, celle de l'Union d'une part, celle de l'agence d'autre part permet de distinguer deux niveaux d'engagement conventionnel. Participer aux travaux d'une agence en qualité de membre implique un accord entre l'Etat tiers et l'Union. Coopérer avec l'agence ou avoir qualité d'observateur auprès d'un de ses organes pourrait n'induire qu'un accord administratif entre l'agence et un autre organisme, gouvernemental, non gouvernemental ou international⁽³⁴⁸⁾.

des liens fonctionnels et organiques étroits avec la Commission, leur pouvoir d'initiative propre ne pouvant s'exercer que sans préjudice des compétences de cette dernière ». V. « Les organismes communautaires décentralisés », *Les petites affiches*, janvier 1997, n° 10, p. 29.

(346) V. en ce sens E. Vos, « Les agences et la réforme de l'administration européenne », préc., spéc. pp. 402-403. V. également R. DEHOUSSE selon qui il aurait été possible de confier une plus grande autonomie décisionnelle aux agences la Commission pouvant par exemple revenir et modifier une décision prise par l'agence dans le cadre d'un contrôle *a posteriori* ; « Regulation by networks in the European Community: the role of European Agencies », préc., spéc. p. 257.

(347) E. Vos, « Les agences et la réforme de l'administration européenne », préc., p. 402. Selon l'auteur, « *on peut donc considérer que le traité permet aux agences de se voir confier des pouvoirs discrétionnaires à la condition que cette délégation soit accompagnée d'un renforcement ou d'un rééquilibrage des institutions existantes. Il est donc essentiel que des procédures de contrôle des agences soit organisées* ». L'auteur appelle par ailleurs de ses vœux l'introduction dans le traité « *d'une disposition donnant un fondement juridique à la création des agences et la délégation de pouvoirs à leur profit* ». Notons que le traité constitutionnel ne prévoit pas cette éventualité.

(348) Voir par exemple le règlement (CE) n° 1920/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relatif à l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (refonte), JOUE L 376 du 27 décembre 2006, p. 1. Ce règlement distingue d'une part la coopération entre

2. Un encadrement indirect dans les accords liant l'Etat tiers à l'Agence

A la différence des agences communautaires, les établissements publics institués dans le cadre des piliers intergouvernementaux disposaient directement de la faculté de conclure des accords externes avec des Etats tiers, des autorités de ces Etats ou des organisations internationales. Cette situation a pu paraître surprenante dans la mesure où le traité d'Amsterdam créait avec les articles 24 et 38 UE une base juridique pour la conclusion d'accords externes de l'Union (349). Ainsi, des accords auraient pu être conclus entre l'Union et l'Etat tiers et porter sur la participation de cet Etat aux travaux des agences de l'Union. Cette capacité contractuelle ne signifie pas que les agences des deuxième et troisième piliers ont disposé d'une latitude plus grande que les agences communautaires. En effet, si la capacité contractuelle est accordée à l'organe délibérant de l'agence, une approbation préalable du Conseil statuant à l'unanimité est nécessaire à la conclusion de l'accord avec un Etat tiers (350).

Ce constat soulève deux interrogations. La première est de savoir si les agences concernées doivent être considérées comme dotées de la personnalité juridique internationale (351) où s'il est possible d'imaginer qu'elles n'agissent que sur délégation (mais alors sur délégation de qui ?).

La seconde question est celle de savoir si l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, en ce qu'il établit la personnalité juridique de l'Union, change la donne pour ces agences œuvrant dans le domaine des ex-piliers intergouvernementaux.

l'Observatoire et des organismes (art. 20) qui se formalise par un accord de type administratif conclu par le Conseil d'administration au nom de l'Observatoire, et la participation des pays tiers (art. 21), d'autre part, laquelle nécessite un accord international entre la Communauté et l'Etat tiers.

(349) V. KRONENBERGER, évoquant en 2001 l'incorporation du Centre satellitaire et de l'Institut d'études de sécurité au sein de l'Union, avait d'ailleurs envisagé la participation des Etats tiers aux activités de ces deux agences *via* un accord conclu par le Conseil de l'Union. V. cet auteur, « Vers la création d'Agences de l'Union européenne? Les exemples du Centre satellitaire et de l'Institut d'études de sécurité », in J.-F. COUZINET (dir.), *Les Agences de l'Union européenne – Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 203.

(350) V. par exemple, l'article 27, paragraphe 3, de la décision instituant Eurojust (JOUE L 63 du 6 mars 2002, p. 10) : « Eurojust peut conclure des accords de coopération, approuvés par le Conseil avec des Etats tiers (...) ». Nous soulignons. Ce dernier va parfois jusqu'à déterminer la « politique conventionnelle » de l'agence comme ce fut le cas d'Europol avant la modification de son statut et comme cela se produit toujours avec le Centre satellitaire de l'Union. V. *infra*.

(351) V. les développements de A. ORT, « EU regulatory Agencies in EU External Relations: Trapped in a Legal Minefield Between European and International Law », préc., spéc. p. 526.

Plusieurs indices permettent de répondre par l'affirmative à la première question pour les agences relevant antérieurement du 3^e pilier. L'étude des accords déjà conclus par Europol et Eurojust tend en effet à établir leur personnalité juridique internationale. En effet, tout d'abord, les accords reconnaissent expressément que l'agence et l'Etat constituent les deux parties à l'accord.

Ensuite, les accords identifient quelle administration, au sein de l'Etat tiers, est habilitée à mettre en œuvre la coopération instaurée avec l'Agence. L'administration en question n'est donc pas juridiquement habilitée à signer un engagement international à la différence de l'agence. Cela montre par ailleurs qu'il ne s'agit nullement d'un arrangement administratif ce que confirment les dispositions matérielles de l'accord.

Enfin, en ce qui concerne Europol, le texte même des accords emprunte au vocabulaire du droit international et laisse peu de doute quand à la nature de l'engagement et quant à la qualité des parties engagées. Par exemple, le règlement des différends fait l'objet d'un arbitrage international (352). On doit toutefois nuancer cet argument dans la mesure où jusqu'à très récemment, Europol existait en vertu d'une convention internationale et ne constituait pas d'un strict point de vue juridique une agence de l'Union. Il conviendrait donc de procéder à l'examen des accords que conclura Europol, devenu agence de l'Union, pour y vérifier le maintien du recours à l'arbitrage international.

En ce qui concerne les agences relevant antérieurement du 2^e pilier, l'existence d'un accord entre l'Etat tiers et l'agence est également nécessaire mais prend des formes particulières garantissant chaque fois le contrôle préalable du Conseil.

L'Agence européenne de défense coopère ainsi avec des Etats tiers au moyen d'arrangements administratifs conclus par son Comité directeur après approbation du Conseil statuant à l'unanimité (353). Ces arrangements doivent en outre respecter « *le cadre institutionnel unique ainsi que l'autonomie décisionnelle de l'Union européenne* » (354).

La situation du Centre satellitaire de l'Union européenne est plus originale encore en ce que le législateur semble avoir inséré en annexe du statut de cet organisme une offre définitive de contracter s'adres-

(352) V. par exemple, l'article 18 de l'accord sur une coopération stratégique et technique entre l'Australie et l'Office européen de police, <http://www.europol.europa.eu/legal/agreements/Agreements/Australia.pdf>.

(353) V. article 25, paragraphe 1, de l'Action commune 2004/551/PESC du Conseil, du 12 juillet 2004, concernant la création de l'Agence européenne de défense, *JOUE* L 245 du 17 juillet 2004.

(354) *Ibid.*

sant à une liste prédéterminée d'Etats tiers composée des Etats européens membres de l'OTAN et non membres de l'Union (Islande, Norvège, Turquie) et des Etats candidats à l'adhésion. Pour tous ces Etats tiers, un régime unique de participation est décrit et proposé en annexe, ceux-ci demeurant libres de l'accepter ou non au moyen d'une notification au Haut représentant pour la PESC (devenu Haut représentant pour les affaires étrangères et la politique de sécurité). Le Conseil de l'Union a ainsi conservé la maîtrise totale des conditions de participation des Etats tiers.

Cette procédure originale, qui s'apparente à ce que le droit des obligations désigne sous l'appellation de « contrat entre absents », établit ainsi une « convention d'adhésion », les Etats tiers ne disposant d'aucune faculté de négociation (355).

Il reste à savoir qui du côté de l'Union doit être considéré comme partie à l'accord. En effet, dans la mesure où les conditions de l'accord ont été fixées par le Conseil et où la notification de l'acceptation est adressée au Haut représentant, il semble que l'Etat tiers soit juridiquement lié à l'Union (356) en vertu d'un accord international (357).

La deuxième interrogation porte sur les changements éventuellement induits par l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. En effet, la disparition de la Communauté au profit d'une seule personnalité juridique attribuée à l'Union lève l'obstacle que pouvait constituer dans les deux piliers intergouvernementaux l'absence de personnalité juridique explicite de l'Union. Toutefois, sauf à modifier les actes fondateurs des agences des 2^e et 3^e piliers, ces dernières conserveront leur faculté de contracter dans l'ordre juridique international. Le contrôle demeurant

(355) Nous ne disposons pas à ce jour d'informations sur l'existence d'Etat tiers ayant effectivement eu recours aux services de cet organisme.

(356) On notera qu'avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les accords externes au titre du 2^e pilier devaient trouver leur fondement juridique dans l'article 24 du traité UE. Dans l'hypothèse particulière qui vient d'être présentée, l'accord aurait, de fait, été conclu sur le fondement de l'article 14 UE qui a servi à l'adoption de l'action commune instituant le Centre, c'est-à-dire en violation des dispositions du traité!

(357) Il semble peu probable que l'on se trouve en présence d'un accord administratif pour plusieurs raisons. Tout d'abord, un arrangement administratif émanerait du Centre satellitaire et non du Conseil de l'Union, de l'instar de ce qui se pratique dans le cadre des autres établissements publics, qu'ils relèvent de l'ex-pilier communautaire ou des ex-piliers intergouvernementaux. De même, si l'on s'appuie sur le fonctionnement des autres agences, les accords administratifs sont généralement conclus avec une autorité de l'Etat tiers et non avec l'Etat tiers directement. Or si l'article 8, paragraphe 1, de l'annexe dispose que la notification est le fait de « l'autorité compétente de l'Etat tiers », il semble qu'il faille interpréter cette expression comme visant l'autorité constitutionnellement compétente pour engager l'Etat tiers dans la conclusion d'un accord international. C'est en effet ce que semble confirmer le second paragraphe de l'article 8 de l'annexe lorsqu'il dispose que la décision de renoncer à la participation aux activités du Centre satellitaire incombe à « l'Etat tiers ». V. l'annexe de l'action commune 2001/555/PESC, préc.

complet malgré son caractère indirect, une telle modification serait guidée par des considérations d'équilibre institutionnel. En effet, le contrôle actuellement exercé sur les agences relevant antérieurement des piliers intergouvernementaux appartient au seul Conseil de l'Union, tandis que la participation des Etats tiers aux agences relevant de l'ex-pilier communautaire fait intervenir la Commission et le Parlement européen.

Si les agences ne maîtrisent les conditions de leur ouverture aux Etats tiers ni ne jugent de l'opportunité de s'ouvrir à tel ou tel, leur autonomie de fonctionnement ne se trouve pas affectée par la présence d'Etats tiers, ceci qu'elle que soit la forme de participation de ceux-ci.

III. – UNE PARTICIPATION PRÉSERVANT L'AUTONOMIE DES AGENCES

Bénéficiaire des services fournis par une agence dans des conditions proches d'un Etat membre de l'Union n'est pas sans contrepartie. Ces dernières pourront prendre différentes formes. L'Etat tiers pourra tout d'abord fournir à l'Union, par l'intermédiaire de l'agence, des services analogues. Tel sera le cas lorsque la participation de l'Etat tiers prend la forme d'une coopération technique impliquant l'échange de données ou de personnels (Europol et Eurojust). Parfois en revanche, la participation ne sera qu'une charge supplémentaire pour l'agence et à travers elle pour le budget de l'Union. Cette dernière sera alors en droit de demander une contrepartie pécuniaire au pays tiers, contrepartie qui pourra être versée à l'occasion de chaque participation du tiers à un projet de l'agence (Agence européenne de défense) ou au contraire être versée annuellement au budget de l'Union (B). Cette dernière hypothèse s'accompagne d'une présence de représentants de l'Etat tiers au sein des différents organes de l'agence (A).

A. – *Une participation organique respectueuse de l'autonomie décisionnelle des agences*

C'est par sa présence dans les différentes instances de l'agence que l'Etat tiers sera mis en mesure de participer à ses travaux et ainsi de bénéficier des services qu'elle fournit. Par exemple, la présence au sein d'un comité scientifique, d'un expert de l'Etat tiers aux côtés d'experts des Etats membres contribuera à légitimer l'expertise rendue et le cas échéant favorisera l'acceptation des décisions prises par l'Union sur la base de cette expertise. Si l'agence a pour tâche de collecter et analyser des données, la présence de représentants de l'Etat tiers dans les

organes de l'agence lui permettra de fournir les données le concernant mais également d'accéder à celles des Etats membres, tout en participant à leur traitement. En dehors de l'hypothèse d'une coopération entre l'agence et l'organisme d'un Etat tiers, la participation aux activités d'une agence passe donc par une présence de l'Etat tiers dans les structures de celle-ci. La participation de l'Etat tiers présente donc une dimension organique qui le place dans une situation proche des Etats membres systématiquement représentés (voire omniprésents) dans ces organismes décentralisés. Elle peut toutefois faire l'objet d'une intensité variable (1). Aussi proche qu'elle puisse être, la participation organique s'entend nécessairement sans droit de vote (2).

1. *Une participation organique susceptible de degrés*

La participation organique de l'Etat tiers n'aura d'intérêt que s'il est concerné par les décisions prises par les organes de l'agence ou par les institutions de l'Union sur la base des travaux de cette même agence. La présence organique de l'Etat tiers sera ainsi particulièrement utile s'il est amené à appliquer le droit de l'Union « inspiré » des travaux de l'agence soit en vertu d'un engagement conventionnel, soit en vertu d'un processus de rapprochement normatif au titre de la politique d'élargissement ou de la politique de voisinage.

Dans le premier cas de figure, la présence organique de l'Etat tiers constituera la contrepartie d'une application immédiate du droit de l'Union et prendra la forme d'une participation dite « pleine et entière ». Une telle participation se justifie tant par la soumission de l'Etat tiers aux mêmes normes que celles en vigueur au sein de l'Union que par le fait qu'il contribue financièrement au fonctionnement de l'agence. Dans la mesure où il en finance partiellement le fonctionnement, il semble normal qu'il puisse siéger dans ses organes de gestion ainsi que dans ses organes techniques lorsque leur composition assure une présence de chaque Etat membre. La participation « pleine et entière » implique ainsi une présence de l'Etat tiers analogue à celle des Etats membres. Un de ses représentants siège ainsi au conseil d'administration de l'agence qui est l'organe décisionnel chargé notamment de définir le programme de travail de l'agence et de gérer son budget. De même, sa présence au sein du ou des organes consultatifs de l'agence, chargés d'émettre des avis techniques ou scientifiques est assurée.

Toutefois, elle ne permet pas l'exercice des mêmes prérogatives puisque le représentant de l'Etat tiers ne disposera pas du droit de vote au sein de ces organes que ceux-ci soient décisionnels ou consulta-

tifs. Dans le cas de l'Agence européenne des médicaments, les avis des experts représentant les Etats de l'AELE membres de l'EEE sont même consignés à part (358).

On peut dès lors s'interroger sur ce qui distingue fondamentalement la participation pleine et entière régie par un accord international liant l'Etat tiers à l'Union, d'une participation en qualité d'observateur imaginée pour les pays candidats en vertu de simples arrangements administratifs. Dans ce second cas, la participation organique vise à familiariser l'Etat tiers avec le fonctionnement d'organes au sein desquels il sera représenté un fois membre de l'Union. L'ampleur de la participation organique peut donc être moindre puisqu'elle ne présente qu'un caractère informatif. Par rapport à la participation pleine et entière, cette participation « édulcorée » peut intervenir au sein de toutes les agences en mesure de conclure des arrangements administratifs. L'observateur n'ayant qu'un rôle passif, il se trouve dégagé des contraintes générées par une participation pleine et entière (application du droit de l'Union et contribution financière au budget de cette dernière) mais ne bénéficie pas des services offerts par l'agence. Il se contente « d'observer » le fonctionnement de l'agence sans être en mesure d'exercer un quelconque pouvoir d'influence sur les décisions prises par ses organes. Une participation organique encore plus ponctuelle, dite « informelle » peut servir de prélude au statut d'observateur. Elle consiste en l'invitation ponctuelle d'un représentant de l'Etat tiers à participer aux réunions de certains organes, ou peut prendre la forme de séminaires et de réunions organisés à l'issue des réunions du conseil d'administration pour expliquer l'action de l'agence aux pays tiers invités (359).

2. Une participation organique sans droit de vote

La participation organique de l'Etat tiers présente un trait caractéristique : celui de ne jamais octroyer au représentant de l'Etat tiers un pouvoir décisionnel. La présence de l'Etat tiers se fait dans le respect de l'autonomie décisionnelle de l'agence, exigence qui semble découler directement de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union. En effet, depuis l'avis 1/91 de la Cour de justice, on sait que la Communauté (et

(358) Ceci tient peut-être au fait que cette agence n'est pas en principe ouverte à la participation d'Etats tiers. Le poids que ses avis ont sur les décisions d'autorisation de mise sur le marché des médicaments délivrée par la Commission n'est probablement pas neutre non plus.

(359) V. sur cette question C. RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens. Etude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, op. cit.

aujourd'hui l'Union) constitue un ordre juridique autonome auquel il ne saurait être porté atteinte sans qu'il ne soit en même temps porté atteinte aux fondements mêmes de la Communauté/l'Union. Conséquence directe de cet avis, l'Union veille dans ses relations extérieures à ce qu'aucun Etat tiers ne puisse intervenir de manière décisive dans ses processus décisionnels internes *via* l'exercice d'un droit de vote. Reconnaissant à certains pays tiers la faculté d'être associé à certains processus décisionnels, l'Union ne leur concède au mieux qu'un *decision shaping power* (360). Ainsi, les accords consacrant la participation « pleine et entière » d'un Etat tiers à une agence ne prévoient-ils qu'une participation sans droit de vote en vertu d'une pratique maintenant bien établie (361) que la Commission envisageait de « codifier » dans son projet d'accord interinstitutionnel.

La participation de l'Islande, de la Norvège, de la Suisse et du Liechtenstein à l'Agence Frontex, envisagée comme un développement de l'acquis de Schengen constitue la seule exception à cette règle puisque ces pays disposent d'un droit de vote partiel. Le caractère exceptionnel de ce droit de vote est d'ailleurs souligné dans une déclaration commune annexée à l'arrangement organisant leur participation à l'agence, qui précise que l'on ne saurait y voir « *un précédent juridique ou politique pour tout autre domaine de coopération* » (362).

Le refus systématique du droit de vote à l'Etat tiers siégeant au sein du Conseil d'administration de l'agence à laquelle il participe pleinement peut surprendre. Surtout, elle peut sembler excessive dans sa justification (363). La participation organique pleine et entière constitue en

(360) V. notre étude, « La participation des Etats tiers à la prise de décision communautaire », in M. BLANQUET (dir.), *La prise de décision dans l'Union européenne*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruxelles, Bruylant, 2011.

(361) Il n'y a en effet à ce jour aucune obligation juridique de refuser le droit de vote aux Etats tiers siégeant au sein d'une agence. Dans une décision de 1994, le Comité mixte de l'EEE constataient en effet que le fait d'accorder une participation pleine et entière sans droit de vote au conseil d'administration d'une agence « *ne préjuge[ait] en rien de la suite qui pou[vait] être donnée à de futures discussions sur l'octroi du droit de vote* ». V. Décision du Comité mixte de l'EEE n° 11/94, du 12 août 1994, modifiant le protocole 31 de l'accord EEE, concernant la coopération dans des secteurs particuliers en dehors des quatre libertés, *JOCE* L 253 du 29 septembre 1994.

(362) Décision du Conseil du 15 février 2007 relative à la signature, au nom de la Communauté, et à l'application provisoire d'un arrangement entre la Communauté européenne, la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur les modalités de participation de ces Etats aux activités de l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *JOUE* L 188 du 20 juillet 2007. Un arrangement analogue (non encore publié) a été signé avec la Suisse et le Liechtenstein le 30 septembre 2009.

(363) Excès que nous avons déjà eu l'occasion de souligné. V. C. RAPOPORT, « La participation des Etats tiers à la prise de décision communautaire », préc.

effet la contrepartie du versement par l'Etat tiers d'une contribution financière qui, affectée au budget de l'agence, préserve son autonomie financière.

B. – *Une participation pécuniaire respectueuse de l'autonomie financière des agences (364)*

Les agences de l'Union européenne disposent, en tant que personnes morales, d'un patrimoine. Recevant une dotation prévue par le budget de l'Union et percevant, pour certaines d'entre elles des ressources propres, elles gèrent leurs budgets de façon autonome sous le contrôle relatif (365) de l'autorité budgétaire. Les dotations des agences ayant pour objet le financement du service public dont elles ont la charge, il importe que le surcroît de travail engendré des Etats tiers bénéficiant de leurs prestations trouve une contrepartie financière. A défaut, la participation des Etats tiers se ferait au détriment de la qualité du service et de l'autonomie des agences, ces dernières ne disposant plus alors des moyens de fonctionner convenablement. Pour cette raison, les accords réglant la participation des Etats tiers aux activités des agences organisent, lorsque cette participation engendre un surcoût pour la structure, le versement d'une contribution financière de l'Etat tiers. Cette contribution couvre en principe les frais de participation de l'Etat tiers (1). Toutefois, dans certains cas, l'Union européenne prendra partiellement en charge ces frais (2).

1. *Un « principe » de couverture intégrale des frais de participation de l'Etat tiers*

« La participation d'Etats non membres de l'UE aux travaux des agences devra être intégralement couverte » (366). Cette règle semble constituer un principe directeur de la participation des Etats tiers.

(364) V. V. DUSSART, « L'autonomie financière des Agences européennes », in J.-F. COUZINET (dir.), *Les agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, pp. 97-111.

(365) En effet, la discussion du budget des agences ne se distinguant pas de la discussion budgétaire générale, l'autorité budgétaire ne dispose que d'informations parcellaires ce qui tend à limiter sa faculté de contrôle et renforce de fait l'autonomie financière de ces organismes. Dans le cadre de la recherche d'une plus grande transparence des activités et du fonctionnement des agences, la Commission fournit depuis 2007 une information complémentaire complétant les documents budgétaires. V. Sénat Français, Rapport d'information sur l'évaluation de l'activité des agences européennes, 7 octobre 2009, spéc. p. 29.

(366) COM (2006) 724 final du 4/12/2006, Communication de la Commission « concernant l'approche générale visant à permettre aux pays partenaires PEV de participer aux travaux des agences communautaires et aux programmes communautaires », spéc. p. 13.

Elle est en effet posée dans les différentes communications de la Commission envisageant la participation des Etats des Balkans occidentaux (367) ou des pays relevant de la politique de voisinage (368) de même qu'elle était mentionnée à propos des pays d'Europe centrale et orientale (369) quand leur adhésion était d'actualité.

On peut toutefois s'interroger sur l'existence d'une véritable règle en la matière. En effet, outre les communications de la Commission dépourvue de valeur juridique, peu de textes mentionnent la couverture intégrale comme une obligation.

Le projet d'accord interinstitutionnel aujourd'hui abandonné se contentait pour sa part de mentionner la nécessité de spécifier, dans le cadre de l'accord organisant la participation, la contribution financière de l'Etat tiers sans poser de principe de couverture intégrale des frais (370). Il reprenait ainsi la formulation habituellement retenue par les actes de base des agences.

Les accords conclus jusqu'à présent par la Communauté ne mentionnent pas ce « principe » et se contentent d'insérer une disposition budgétaire indiquant le montant de la contribution à verser ou ses modalités de calcul. Seul l'accord établissant l'Espace économique européen fait exception en la matière puisqu'il pose le principe de la couverture intégrale à son article 82, paragraphe 1, b) (371). Le point a) de cette disposition pose de son côté une règle de calcul applicable pour toutes les formes de participation des Etats AELE membres de l'EEE aux activités communautaires. La participation s'opère ainsi moyennant le versement d'une contribution proportionnelle, le facteur de proportionnalité étant calculer à partir du produit intérieur brut de chacun des Etats AELE concernés.

Malgré le principe posé d'une couverture intégrale du coût de leur participation, il est difficile d'en vérifier le respect comme il n'est pas possible de comparer le montant de la contribution de ces Etats avec les contributions d'Etats membres comparables. En effet, le fonction-

(367) COM (2003) 748 final du 3/12/2003, Communication de la Commission, « Préparer la participation des pays des Balkans occidentaux aux programmes et agences communautaires », spéc. p. 10.

(368) COM (2006) 724 final du 4 décembre 2006 préc.

(369) COM (1999) 710 final du 20 décembre 1999, Communication de la Commission, « Participation des pays candidats aux programmes, agences et comités communautaires », spéc. p. 10.

(370) Article 24 du projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, COM(2005) 59 final préc.

(371) Cette disposition précise que « la contribution financière découlant de la participation des Etats AELE à certains projets ou autres activités est fondée sur le principe de la couverture, par chaque partie contractante, de ses propres coûts et d'une participation appropriée, fixée par le Comité mixte de l'EEE, aux frais généraux de la Communauté ».

nement des agences de régulation est financé par le budget de l'Union auquel les Etats membres contribuent et auquel il est demandé aux Etats tiers d'abonder lorsqu'ils désirent participer aux travaux d'une agence. Malgré leur autonomie organique et financière et leur qualité de prestataires d'un service public, qualité qui permet à certaines d'entre elles de percevoir des ressources propres, les agences ne sont pas en mesure de percevoir directement les contributions des Etats tiers.

Seules les agences relevant de l'ex-deuxième pilier font exception. Elles sont financées par les contributions des Etats membres et non par le budget de l'Union. Les Etats tiers participant aux activités de ces agences contribuent donc directement à leurs budgets (372).

Pour leur part, Europol et Eurojust n'exigent pas de contributions à leur budget. Les accords conclus par ces organismes prévoient que chaque partie supporte ses propres dépenses. La coopération crée en effet une relation égalitaire entre l'agence et le service concerné de l'Etat tiers instituant pour l'essentiel un échange d'informations, de personnels et de bonnes pratiques. Cet échange profite aussi bien à l'agence qu'à l'Etat tiers. Il s'agit ainsi davantage d'une coopération entre deux services publics partageant des préoccupations communes que d'une relation entre un prestataire de service et un usager dudit service.

Ainsi, les accords de coopération liant Europol à des Etats tiers prévoient que chaque partie contribue à ses propres dépenses (373). Aucun des six accords conclus par Eurojust ne contient de dispositions financières, ce qui laisse à penser que chaque partie assume sa part des coûts.

Contrairement à ce que l'on pourrait imaginer à première vue, un versement au budget de l'Union plutôt qu'à l'agence n'affecte pas son autonomie financière. En effet, en application du règlement financier (374), la contribution de l'Etat tiers constitue une recette affectée par dérogation au principe d'universalité budgétaire. Les institutions n'ont donc aucun pouvoir sur cette recette au stade de son versement.

(372) V. article 13, paragraphe 8, b, de l'Action commune 2004/551/PESC concernant la création de l'Agence européenne de défense préc.; V. article 3 des dispositions sur l'association d'Etats tiers aux activités du Centre satellitaire annexé de l'Action commune 2001/555/PESC relative à la création d'un centre satellitaire de l'Union européenne, préc.

(373) V. par exemple l'article 17 de l'accord de coopération technique conclu avec l'Australie. <http://www.europol.europa.eu/legal/agreements/Agreements/Australia.pdf>.

(374) V. article 18, paragraphe 1, d), du règlement n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes, *JOCE* L 248 du 16 septembre 2002.

Seul, le législateur a pu au stade de la négociation de l'accord déterminer, en accord avec l'Etat concerné, les modalités de calcul de la somme à verser. Le choix de la méthode de calcul de la contribution variant d'un accord à l'autre, il est difficile de vérifier si le montant de la contribution couvre effectivement le surcoût engendré par la participation du tiers. Cela semble même improbable lorsque pour une même agence deux Etats tiers contribuent selon une méthode de calcul différente (375).

2. Une prise en charge partielle par l'UE des frais de participation de certains Etats tiers

Afin de faciliter leur participation aux agences, les Etats candidats et ceux relevant de la politique de voisinage peuvent bénéficier d'une prise en charge partielle de leur contribution. Cette prise en charge partielle peut intervenir *via* l'utilisation, aux fins de règlement de la contribution, des sommes allouées à l'Etat tiers au titre de l'assistance financière dont il bénéficie. L'Etat tiers est redevable de la contribution en vertu de l'accord qu'il a négocié avec l'Union indépendamment de l'aide dispensée. Il peut simplement utiliser l'aide perçue au titre de l'instrument autonome d'assistance (instrument de préadhésion ou instrument européen de voisinage et de partenariat) pour financer sa participation aux travaux de l'agence.

L'aide financière ne couvre toutefois qu'une partie (mais une partie non négligeable) de la contribution ainsi qu'en témoigne les quelques cas déjà observés. Par exemple, la contribution versée par la Turquie pour sa participation aux activités de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies est prise en charge à 75 % la première année, 60 % la deuxième année et 50 % la troisième année et les années suivantes. Une dégressivité analogue accompagnait le financement de la participation des pays d'Europe centrale et orientale par le programme Phare, à cette différence près que l'aide n'était plus dispensée au-delà de la troisième année de participation (376).

Encore peu répandue, la participation des Etats tiers aux travaux des agences de l'Union demeure une question suffisamment politique pour

(375) Pour participer aux travaux de l'Observatoire européen des drogues et des toxicomanies, la Norvège verse un pourcentage de la subvention attribuée par l'Union européenne à l'Agence tandis que la Turquie verse une somme forfaitaire évolutive. Un schéma analogue est envisagé pour la Croatie.

(376) V. C. RAPOPORT, *Les partenariats entre l'Union européenne et les Etats tiers européens. Etude de la contribution de l'Union européenne à la structuration juridique de l'espace européen*, préc.

ne pas être confiée aux agences. En dehors du pouvoir de suggestion de la Commission, qu'elle a su exercer au travers de plusieurs communications, la maîtrise des modalités de participation revient au Conseil ou conjointement au Conseil et au Parlement européen. Pour sa part, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne renforce les possibilités du Parlement européen de suivre les activités de ces organismes. Il répond ainsi indirectement à sa revendication d'une meilleure surveillance de leurs activités. Cela ne doit toutefois pas empêcher d'envisager l'actualisation des statuts des agences intervenant en matière pénale afin de ne pas maintenir le monopole laissé au Conseil sur l'opportunité de développer leurs relations extérieures.

UNE AGENCE ORIGINALE DE L'UNION : L'AGENCE FRONTEX

PAR

HÉLÈNE JORRY

ATTACHÉE TEMPORAIRE D'ENSEIGNEMENT ET DE RECHERCHE,
MEMBRE DU LABORATOIRE VERSAILLES – ST QUENTIN INSTITUTIONS PUBLIQUES,
UNIVERSITÉ DE VERSAILLES-SAINT QUENTIN EN YVELINES

Le phénomène d'«agenciarisation» au sein de l'Union européenne connaît un essor depuis le début des années 2000. Quatorze nouvelles agences ont été créées depuis cette date, et pas moins de cinq pour la seule année 2004 (377), au nombre desquelles l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (FRONTEX). Elle constitue la dix-neuvième agence créée par l'Union européenne (378), plus précisément par un règlement du Conseil en date du 26 octobre 2004 (379). Située à Varsovie, elle a été officiellement installée le 1^{er} mai 2005 et a effectivement débuté ses activités le 3 octobre de la même année.

Sa création reflète l'extension des compétences de la Communauté, opérée par le traité d'Amsterdam, aux matières qui relevaient antérieurement du «troisième pilier» (380). Elle prend appui sur des disposi-

(377) L'agence ferroviaire européenne, l'autorité de surveillance du GNSS européen, l'agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, le centre européen de prévention et de contrôle des maladies et l'agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne. Cf. D. BADRÉ, *L'évaluation de l'activité des agences européennes*, rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes et de la commission des finances, Paris, Sénat, n° 17, 7 octobre 2009, 72 p., p. 10.

(378) Communication de la Commission européenne, «European Agencies – The way forward», Bruxelles, COM(2008) 135 final, 11 mars 2008.

(379) Règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil, du 26 octobre 2004, portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne, *JOUE* L 349 du 25 novembre 2004, pp. 1-11.

(380) Le traité d'Amsterdam avait créé un Titre IV TCE « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes » au sein du premier pilier; les matières relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale continuaient de relever du domaine du troisième pilier (Titre VI TUE). Le traité de Lisbonne a regroupé l'ensemble de ces dispositions au sein du Titre V du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à « l'espace de liberté, de sécurité et de justice ».

tions sectorielles du traité relatives à « l'espace de liberté, de sécurité et de justice », dont la construction d'une politique commune de gestion des frontières extérieures constitue un élément essentiel. Ainsi, les articles 77, paragraphe 1, sous b) et c), TFUE (ex-art. 62, § 2, sous a), TCE) et 74 TFUE (ex-art. 66 TCE) confèrent à l'Union la compétence pour fixer les normes et les modalités auxquelles doivent se conformer les Etats membres en matière de contrôle aux frontières extérieures et donnent compétence au Conseil, dans ce cadre, pour adopter des mesures visant à assurer la coopération entre les services nationaux concernés. Les Etats membres disposent, en effet, de la compétence pour assurer le contrôle et la surveillance des frontières extérieures. Certes, le franchissement de celles-ci doit obéir à des principes communs, issus de l'acquis de Schengen. Encore faut-il que les Etats membres mettent en œuvre ces normes communes de manière coordonnée. Cela n'est pas chose aisée dans la mesure où il existe une multitude d'autorités, de méthodes, de techniques et de pratiques nationales diverses.

Cette circonstance, corrélée à la recrudescence des pressions migratoires et à la perspective de l'élargissement de 2004, a pointé la nécessité de coordonner la coopération opérationnelle entre les Etats membres et a favorisé l'émergence de l'Agence FRONTEX. De surcroît, les structures existantes, en particulier l'instance commune des praticiens des frontières extérieures – émanation du Comité sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA+) du Conseil –, et les centres *ad hoc* spécialisés mis en place dans les différents Etats membres, se sont très rapidement avérés inadaptés à un approfondissement de la coopération. En outre, les Etats membres étant particulièrement réticents à l'institution d'un « corps européen de garde-frontières », la création d'une agence est ainsi apparue comme une réponse institutionnelle adaptée à la nécessité d'une coordination des pratiques de contrôle et de surveillance. Instituée pour favoriser la solidarité entre les Etats membres (381), l'Agence FRONTEX incarne un acteur central dans la construction progressive d'un « système intégré de gestion des frontières extérieures » (382), lequel vise à mettre en place une approche globale et intégrée permettant de concilier différents impératifs (facilitation des échanges, respect du principe de souveraineté, respect des libertés individuelles et maintien d'un haut niveau de sécurité). Elle

(381) Le traité de Lisbonne consacre le « principe de solidarité et de partage équitable des responsabilités entre les Etats membres » (art. 80 TFUE).

(382) Art. 77, § 1, sous c), TFUE.

constitue donc un organisme « décentralisé » (383) original, exerçant ses missions dans un domaine sensible par nature, particulièrement marqué par la dynamique européenne mais aussi et surtout, par la prégnance de la souveraineté des Etats.

Elle présente naturellement certains traits communs à la plupart des agences de régulation. Elle est représentée par un directeur exécutif (384) qui gère le fonctionnement interne de l'agence, notamment la préparation du programme de travail et du rapport d'activité (385). L'agence comporte un conseil d'administration dont les membres siègent pendant une durée de quatre ans (386), qui nomme le directeur pour cinq ans sur proposition de la Commission (387) et a autorité sur le programme de travail, le budget et le rapport d'activité. FRONTEX jouit également de la capacité juridique, de l'autonomie financière (financement par le budget de l'Union), d'une indépendance relative (tempérée par forte influence des Etats membres) et le contrôle juridictionnel de ses activités est limité à celui de la responsabilité. Elle est dénuée de pouvoirs décisionnels, à l'inverse de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI), de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (388) (EFSA) ou encore de l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV).

Elle présente néanmoins des caractéristiques singulières, telles que la participation différenciée des Etats membres à sa création et à ses activités – tous les Etats membres n'y participent pas alors que des Etats tiers y participent –, de même son efficacité est-elle tributaire des contributions et de l'influence respectives des Etats membres. Ses activités sont de nature tout à fait diverse allant de la production d'information stratégique à la réalisation d'opérations conjointes ou de projets pilotes en passant par la formation des garde-frontières nationaux. L'ensemble de ses missions découle de son activité principale de

(383) J.-F. COUZINET (dir.), *Les agences de l'Union européenne. Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Etudes de l'IREDE », n° 3, 2002, 306 p.

(384) Article 17 du règlement (CE) n° 2007/2004. Actuellement, il s'agit d'un ancien garde-frontières de nationalité finlandaise, Ilkka Laitinen. Le directeur exécutif est indépendant dans l'exercice de ses fonctions, il ne sollicite ni ne reçoit d'instructions des gouvernements ou d'autres organismes. Il est à la tête de trois directions : « opérations », « capacités » et « administration ».

(385) Dans ce cadre, il peut être invité par le Parlement ou le Conseil à faire rapport sur l'exécution de ses tâches (Art. 25, § 2, du règlement (CE) n° 2007/2004).

(386) Article 17 du règlement (CE) n° 2007/2004.

(387) *Ibid.*, Article 20.

(388) M. BLANQUET, N. DE GROVE-VALDEYRON (dir.), *La création de l'Autorité européenne de sécurité des aliments. Enjeux et perspectives*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, coll. « Etudes de l'IREDE », n° 4, 2005, 195 p.

production d'analyse des risques afin de fournir aux Etats membres l'information stratégique ciblée permettant d'évaluer la nécessité d'une opération conjointe et l'optimisation des ressources disponibles. Néanmoins, sur le plan quantitatif, l'essentiel de ses missions est centré sur la gestion de la coopération opérationnelle entre les Etats membres aux frontières extérieures. Ainsi, l'Agence FRONTEX dispose uniquement d'une capacité d'assistance, certes plus large que celle confiée à l'Agence européenne des médicaments ou à l'Agence européenne pour la sécurité maritime mais confinée aux aspects techniques et à la coordination des activités opérationnelles des Etats membres. Ses activités sont donc plus facilement comparables à celles exercées par EUROPOL, EUROJUST ou encore par le Collège européen de police (CEPOL).

Dans ce cadre, l'Agence FRONTEX a vu progressivement s'accroître ses capacités opérationnelles par une diversification et un renforcement des outils mis à sa disposition (équipes d'intervention rapide, coordination du système européen de surveillance des frontières maritimes EUROSUR) mais également par l'extension pragmatique de ses missions, lesquelles se déroulent de plus en plus sur le territoire des Etats tiers, en marge du cadre juridique de l'Union européenne. A cette fin, l'Union européenne a décidé de lui donner des moyens supplémentaires en décuplant sa dotation budgétaire : elle passe ainsi d'une structure légère (peu de personnel) dotée d'un faible budget (6,2 millions en 2005) à une structure de 220 personnes disposant d'un budget de plus de 80 millions en 2009, auquel s'ajoute celui du Fonds pour les frontières extérieures (1,82 milliards d'euros 2007-2013). Elle figure ainsi parmi les agences européennes les mieux dotées.

En définitive, la nature des missions de l'agence Frontex relève davantage de la gestion que de la régulation. Elle apparaît ainsi comme un « chef d'orchestre » (389) qui met principalement en musique la coopération entre les services nationaux compétents des Etats membres (I). Son originalité se reflète également dans les actions qu'elle a développées aux confins du cadre juridique communautaire et qui interrogent l'étendue du contrôle opéré sur ses activités (II).

(389) H. JORRY, « Construction of a European Institutional Model for Managing Operational Cooperation at the EU's External Borders: Is the FRONTEX Agency a decisive step forward? », *Centre for European Policies Studies*, Research Paper n° 6, mars 2007, p. 13.

I. – UN CHEF D'ORCHESTRE DE LA COOPÉRATION OPÉRATIONNELLE
AUX FRONTIÈRES EXTÉRIEURES

L'Agence FRONTEX présente des caractéristiques singulières à la fois du point de vue de son organisation interne (A) que de la nature de ses tâches, lesquelles restent confinées à une mission d'appui aux Etats membres (B).

A. – *Une création singulière dans son organisation
et sa composition*

L'influence des Etats membres reste très prégnante au sein de l'agence (1). Cela étant, elle s'exerce de manière différenciée selon les Etats concernés (2).

1. *Une agence européenne empreinte d'une forte
intergouvernementalité*

En premier lieu, la base juridique du règlement institutif de l'Agence FRONTEX prend appui sur des dispositions qui relevaient, à l'origine, des matières communautarisées dans le premier pilier (Titre IV TCE) par le traité d'Amsterdam. En pratique, en revanche, les opérations conduites sous l'égide de l'agence consistant à coordonner des services de police nationaux se situaient davantage aux confins du troisième pilier. Cette situation a néanmoins été clarifiée avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 qui étend la procédure législative ordinaire aux mesures relatives au contrôle des frontières extérieures et plus généralement, à « *toute mesure nécessaire pour l'établissement progressif d'un système intégré de gestion des frontières extérieures* » (390).

En second lieu, la composition de l'agence est aussi révélatrice de la prégnance des Etats membres. Le conseil d'administration est composé d'un représentant par Etat membre, principalement des garde-frontières nationaux, et de deux représentants de la Commission européenne (391). La prise de décision s'effectue par un vote à la majorité absolue. Celle-ci est donc empreinte d'une forte intergouvernementalité qui illustre la volonté des Etats membres de préserver leur compétence nationale dans le domaine du contrôle et de la surveillance des frontières et qui limite d'autant l'indépendance de l'agence. Cette circons-

(390) Article 77, paragraphe 2, sous d) TFUE.

(391) Il ne s'agit donc pas d'une représentation égalitaire mais elle préserve l'équilibre institutionnel (CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 9/56) en conférant aux représentants de la Commission un droit de vote.

tance a d'autant plus d'effet que le conseil d'administration établit les procédures de prise de décision par le directeur exécutif en rapport avec les tâches opérationnelles de l'agence, telles que les « plans opérationnels », ou encore statue sur la composition de la réserve d'intervention rapide « RABIT » (cf. *infra*). De surcroît, le déroulement des opérations conjointes est très largement dépendant des moyens, tant matériels qu'humains mis volontairement à disposition des Etats membres. En outre, la composition même du personnel de l'agence repose très nettement sur une contribution volontaire des Etats membres. Au cours des trois premières années de vie de l'agence (2005-2007), près de la moitié des effectifs était composée d'experts nationaux en détachement (392).

Enfin, l'agence est sur le point de mettre en place un mode d'organisation « déconcentré » par la création de « bureaux spécialisés » (393) situés dans les Etats membres, dont la mission consisterait à définir les bonnes pratiques selon la région concernée ou encore la nature des frontières. Ces informations seraient ainsi transmises à l'organe central à Varsovie qui garde la responsabilité de leurs travaux. Une étude de faisabilité (394) sur la constitution de branches spécialisées a été rendue publique le 11 décembre 2009 à la suite de laquelle le conseil d'administration a décidé, le 4 février 2010, la création d'un bureau opérationnel au Pirée (Grèce), en tant que projet pilote pour la région méditerranéenne orientale, prélude à l'ouverture d'autres bureaux dans la région méditerranéenne occidentale, dans la région de l'ouest des Balkans et de la mer Noire ainsi qu'aux frontières terrestres orientales (395).

2. Une participation différenciée à la création et aux activités de l'agence

Un autre aspect original de cette agence se reflète dans les modalités de participation des Etats à la création et au fonctionnement de l'agence. En effet, l'agence étant fondée sur des dispositions de l'acquis de Schengen (Titre IV TCE), les clauses de dispense (*opt-out*) et les clauses de participation (*opt-in*) accordées au Royaume-Uni, à l'Irlande et au Danemark trouvent un écho dans cadre de l'Agence FRONTEx.

(392) Cette tendance a seulement commencé à s'inverser à partir de 2008 : les experts nationaux représentent actuellement un peu moins du tiers des agents de Frontex (soit 68).

(393) Article 16 du règlement (CE) n° 2007/2004.

(394) DELOITTE, *Study on the feasibility of establishing specialized branches of Frontex*, final report, 11 décembre 2009, disponible sur le site de l'Agence Frontex, http://www.frontex.europa.eu/specific_documents/other/.

(395) Frontex Newsroom, « Greece will host the first Frontex Operational Office », 5 février 2010, http://www.frontex.europa.eu/newsroom/news_releases/art75.html.

Cette différenciation se traduit donc par la non-participation de certains Etats-membres (Royaume-Uni, Irlande, Danemark) à l'adoption du règlement institutif de l'agence comme aux missions de l'agence et, à l'inverse, la participation de certains Etats tiers en leur qualité d'Etats « associés » (Islande, Norvège, Suisse, Lichtenstein) (396).

Le Royaume-Uni et l'Irlande sont ainsi exemptés de l'acquis de Schengen (397) mais peuvent demander « à tout moment » de participer à tout ou partie de cet acquis, à la condition de recevoir l'accord du Conseil à l'unanimité de ses membres (398). Le contrôle des frontières ne fait pas partie des dispositions auxquelles ces deux Etats participent, dès lors ceux-ci n'ont pas été associés à l'élaboration de l'acte de création de l'agence. La Cour de justice a eu l'occasion de se prononcer pour la première fois sur l'étendue de cette faculté dans le cadre du recours en annulation déposé par le Royaume-Uni à l'encontre du règlement instituant l'Agence FRONTEX au motif que le Conseil avait refusé sa demande de participation en raison de sa clause de dispense (399). La question se posait de savoir si le Royaume-Uni pouvait prendre part à une mesure de développement de l'acquis de Schengen sans pour autant avoir souscrit à cet acquis. La Cour de justice a répondu par la négative en considérant que ces mesures ne pouvaient être lues indépendamment (400) de l'acquis de Schengen dont elles constituent un développement. Ainsi, le Royaume-Uni et l'Irlande doivent, au préalable, avoir accepté cet acquis pour pouvoir participer à une mesure de développement de celui-ci. L'Irlande et le Royaume-Uni n'ont donc pas été associés à l'élaboration des règlements modificatifs de l'Agence FRONTEX. En revanche, ces deux Etats participent pleinement à d'autres agences de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, telles qu'EUROPOL et EUROJUST. Cela signifie également qu'ils disposent d'un statut de simple observateur invité aux réunions du conseil d'administration de l'agence (401), au même titre que les Etats ou les organismes extérieurs invités, à l'instar du Haut commis-

(396) C. BILLET, « Agence FRONTEX et différenciation », in C. FLAESCH-MOUGIN, *Union européenne et sécurité : aspects internes et externes*, Bruxelles, Bruylant, 2009, 441 p., pp. 335-361.

(397) Protocole n° 3 sur l'application de certains aspects de l'article 14 TCE au Royaume-Uni et à l'Irlande.

(398) Décision 2000/365/CE du Conseil, du 29 mai 2000, relative à la demande du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, *JOUE* L 131, 1^{er} juin 2000, pp. 43-47; Décision 2002/192/CE du Conseil, du 28 février 2002, relative à la demande de l'Irlande de participer à certaines dispositions de l'acquis de Schengen, *JOUE* L 64, 7 mars 2002, p. 20-23.

(399) CJCE, 18 décembre 2007, *Royaume-Uni c./ Conseil*, aff. C-77/05, *Rec.* p. I-11459; J. J. RUIPMA, *Common Market Law Review*, 2008, pp. 835-842.

(400) Sur ce point, cf. J. J. RUIPMA, 2008, *ibid.*

(401) Article 23, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 2007/2004.

ariat des Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR). Dans ce cadre, ils ne bénéficient donc pas du droit de vote. En revanche, ces deux pays peuvent tout à fait demander à participer aux activités de l'agence, avec l'accord, au cas par cas, du conseil d'administration. Le Royaume-Uni a demandé à participer aux activités de l'agence dès 2006 et l'Irlande, en 2007.

Le Danemark ne participe aux activités de l'espace de liberté, de sécurité et de justice qu'au seul niveau intergouvernemental. Ainsi, lorsqu'il envisage de mettre en œuvre une décision du Conseil développant l'acquis de Schengen, celle-ci ne crée qu'une obligation de droit international entre le Danemark et les Etats membres. S'il n'a pas pris part à l'adoption du règlement de l'agence, il a néanmoins intégré ce dernier dans son droit national dans le délai de six mois prescrit et se trouve donc lié par les dispositions du règlement instituant l'agence.

L'Islande, la Norvège, la Suisse et le Lichtenstein participent à l'acquis de Schengen dans le cadre d'accords d'association (402). Dès lors, toutes les mesures venant compléter ou modifier l'acquis de Schengen, comme le règlement instituant FRONTEX, doivent être mises en œuvre dans ces Etats. Dans ce cadre, ces Etats associés participent au fonctionnement de l'agence et disposent, pour la première fois dans le cadre d'un organe de l'Union, d'un « droit de vote limité » au conseil d'administration (403).

Cette différenciation se reflète également dans le champ d'application territorial du règlement instituant l'agence Frontex puisque celui-ci va s'appliquer sur le territoire des Etats associés mais non pas sur le territoire du Royaume-Uni et de l'Irlande. Gibraltar est également exclue du champ d'application. Dès lors, si le Royaume-Uni et l'Irlande peuvent participer à des opérations, celles-ci ne peuvent se dérouler sur leurs territoires respectifs.

La contribution à « géométrie variable » à la création et aux activités de l'agence reflète ainsi les caractéristiques particulières propres

(402) Décision 1999/437/CE du Conseil, du 17 mai 1999, relative à certaines modalités d'application de l'accord conclu par le Conseil de l'Union européenne et la République d'Islande et le Royaume de Norvège sur l'association de ces États à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen. Décision 2008/146/CE du Conseil, du 28 janvier 2008, relative à la conclusion, au nom de la Communauté européenne, de l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen.

Décision 2008/261/CE du Conseil, du 28 février 2008, relative à la signature, au nom de la Communauté européenne, et à l'application provisoire de certaines dispositions du protocole entre l'Union européenne, la Communauté européenne, la Confédération suisse et la Principauté de Liechtenstein sur l'adhésion de la Principauté de Liechtenstein à l'accord entre l'Union européenne, la Communauté européenne et la Confédération suisse sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen

(403) Cf. C. BILLET, *op. cit.* pp. 353 et s.

à l'agence Frontex qui la singularisent d'autres agences comparables et témoignent de son originalité, laquelle est révélée par la nature des missions qui lui sont confiées.

B. – *Une mission d'assistance technique et opérationnelle
tributaire des Etats membres*

A titre principal, l'agence exerce une activité de production d'information stratégique et de définition de standards communs (1). Cette activité est le préalable nécessaire à la conduite de ses missions opérationnelles, lesquelles restent subordonnées à la contribution des Etats membres (2).

1. *Une activité principale de production d'analyses de risque
et de définition de standards communs*

Les activités de FRONTEX découlent de sa tâche principale, laquelle réside dans la production d'analyse commune des risques (404), c'est-à-dire l'identification des routes migratoires empruntées par les migrants et des frontières présentant un « risque » de forte influence. Pour ce faire, l'agence se base sur un modèle d'analyse de risque (*Common Integrated Risk Analysis Model* – CIRAM) développé par le *Finnish Risk Analysis Centre* (ancien centre *ad hoc* aujourd'hui englobé dans FRONTEX) suffisamment flexible pour être adapté à la fois aux rapports globaux tout comme aux analyses plus spécifiques ciblées sur des groupes ou des territoires. Ces analyses de risque permettent ainsi de planifier avec précision possible les opérations conjointes ou les projets pilotes prioritaires. Cette tâche requiert également une collaboration étroite et un échange efficace d'informations avec les autorités locales à la suite, par exemple, de l'identification de pratiques criminelles répétées (405). Ces études de risque ont, par exemple, abouti à la mise en place d'un réseau européen de patrouilles côtières aux frontières maritimes méridionales, dont les activités initiées en mai 2007 sont actuellement coordonnées par l'Agence FRONTEX. Ces éléments permettent de souligner que, si FRONTEX a été institutionnalisée pour rationaliser les structures disséminées existantes, elle contribue également à la (re)fragmentation de la gestion du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures (réseau de patrouilles maritimes, bureaux spécialisés, etc.).

(404) Article 4 du règlement (CE) n° 2007/2004.

(405) *Ibid.*

L'échange d'informations stratégiques constitue donc le socle de son activité. Dans ce cadre, l'accent est également mis sur le renforcement de la coopération inter-agences, dont l'opportunité a été rappelée dans le programme pluriannuel de Stockholm adopté en décembre 2009. Dans sa proposition de révision du règlement institutif de l'agence en date du 24 février 2010, la Commission européenne a notamment envisagé le renforcement de la coopération inter-agences dans le cadre d'un système d'information adapté à l'échange d'informations classifiées (406). Si l'agence Frontex a très tôt développé la coopération et l'échange d'information avec EUROPOL sur la base d'accords de travail, cette coopération a été récemment étendue à d'autres organismes comme l'Office des Nations Unies contre les drogues et le crime, le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (407), INTERPOL ainsi qu'en matière de surveillance maritime, depuis décembre 2009, dans le cadre d'un accord signé avec l'agence européenne pour la sécurité maritime et l'agence communautaire de contrôle des pêches. Des accords de travail ont également été conclus avec le Collège européen de police (CEPOL) en juillet 2009 et ont pour objet l'échange d'expériences en matière de formation des services de police. Cela s'inscrit dans le cadre de la mission que détient FRONTEX en vue de l'établissement de normes communes en matière de formation.

Frontex a ainsi la mission d'élaborer un « tronc commun » (408) de lignes directrices tenant aux modalités d'exécution des tâches des gardes-frontières, notamment en matière de sanctions, d'enquêtes, de gestion, ainsi que de matériels techniques utilisés lors des opérations. Dans le cadre de la révision du règlement instituant l'Agence FRONTEX, la Commission européenne a également proposé d'intégrer les aspects liés aux droits fondamentaux et à la protection internationale dans le tronc commun de formation (409). Il est également envisagé de contraindre les Etats membres à inclure ces programmes communs dans la formation de leurs garde-frontières nationaux (410). En effet, la mission de FRONTEX en matière de formation est limitée à une mission

(406) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 portant création d'une agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des Etats membres de l'Union européenne (FRONTEX), *Commission européenne*, Bruxelles, COM(2010) 61 final, 24 février 2010.

(407) L'UNHCR dispose actuellement d'un officier de liaison au sein de l'agence.

(408) Article 5 du règlement (CE) n° 2007/2004.

(409) COM(2010) 61 final, *op. cit.*

(410) Article 5 du règlement (CE) n° 2007/2004 révisé par la proposition de règlement du Parlement et du Conseil, COM(2010) 61 final, 24 février 2010.

d'assistance, les Etats membres gardant la responsabilité de la formation de leurs garde-frontières, ce qui limite son efficacité.

2. Des activités opérationnelles subordonnées à la contribution des Etats membres

En premier lieu, FRONTEX a pour fonction « *de coordonner la coopération opérationnelle entre les Etats membres en matière de gestion des frontières extérieures* ». Les activités de l'agence sont ainsi complémentaires de celles des services nationaux des Etats membres, ce que le règlement (CE) n° 2007/2004 rappelle clairement dans son article 1^{er}, alinéa 2. L'agence coopère ainsi directement avec les Etats membres et coordonne les opérations conjointes et projets pilotes se déroulant aux frontières extérieures de l'Union. Les opérations conjointes sont entendues comme étant « *les activités opérationnelles effectuées par deux Etats membres ou davantage, éventuellement en coopération avec l'agence, en vue de renforcer la surveillance et le contrôle sur une partie des frontières extérieures* » (411). Elles peuvent faire l'objet d'une programmation pluriannuelle comme le projet HERA aux frontières maritimes méridionales reconduit chaque année. Les projets pilotes sont des activités opérationnelles « *liées à la surveillance et au contrôle des frontières extérieures, visant à examiner s'il est possible d'utiliser certaines méthodes opérationnelles et/ou certains équipements techniques* » (412). De manière pragmatique, ces opérations conjointes et projets pilotes sont programmés dans le cadre d'un « plan opérationnel » préalablement adopté par le conseil d'administration. La proposition de révision du règlement instituant l'Agence FRONTEX du 24 février 2010 formalise l'existence de ces plans opérationnels et instaure l'obligation de leur établissement préalablement à toute opération (en particulier, pour une meilleure visibilité dans le financement des opérations) (413).

L'agence se voit donc confier une **mission de gestion**, circonscrite à la coopération et à l'assistance technique, matérielle et financière aux Etats membres, dont les prérogatives restent essentiellement subordonnées à la contribution volontaire des Etats membres. L'agence ne peut en aucun cas contraindre les Etats membres à se coordonner.

(411) Proposition de règlement du Conseil portant création d'une Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures, *Commission européenne*, Bruxelles, COM(2003) 687, 20 novembre 2003.

(412) *Ibid.*

(413) Article 3 du règlement (CE) n° 2007/2004 révisé par la proposition de règlement du Parlement et du Conseil, COM(2010) 61 final, 24 février 2010

Pour mener à bien cette mission, elle dispose d'un répertoire centralisé d'équipements techniques «CRATE» (Centralised Record of Available Technical Equipment) (414), tel une «boîte à outils» qui recense la liste des équipements que les Etats membres peuvent mettre volontairement et temporairement à disposition de l'agence dans le cadre d'opérations conjointes. Cette dépendance vis-à-vis des Etats membres entraîne des difficultés opérationnelles. Cette circonstance a été mise en évidence lors de la première action d'assistance opérationnelle menée par l'Agence FRONTEX au second semestre 2006, à la demande de l'Espagne, pour faire face à l'afflux de migrants illégaux aux îles Canaries (opérations HERA I, II et III). Au cours de ces opérations, l'agence a été confrontée à de réelles difficultés de coopération de la part des Etats membres, ce qui a notamment suscité de vives critiques de la part de l'Espagne : retard dans le déploiement des opérations conjointes, insuffisance des moyens mis à disposition par les Etats membres sur une base volontaire (certains Etats membres engagés dans les opérations n'ayant finalement pas fourni de matériel) (415). Pour répondre à ces difficultés, la proposition de la Commission du 24 février 2010, envisage de rendre obligatoire la contribution des Etats membres au «parc d'équipement technique» (416) et prévoit la possibilité pour l'agence de pouvoir acquérir par crédit-bail ses propres équipements techniques (417).

L'essentiel des missions de l'agence est donc de nature opérationnelle, à l'instar des agences comme EUROPOL ou EUROJUST. Toutefois, à la différence de ces agences, FRONTEX coordonne des forces d'intervention nationales. Cela signifie notamment que l'Etat membre hôte accepte, dans le cadre des opérations conjointes, l'emploi de moyens de coercition (notamment le port d'armes à feu) par les services des autres Etats membres.

Dans des situations d'urgence, l'agence Frontex a également la faculté de déployer des équipes d'intervention rapide «RABIT» (*Rapid Border Intervention Teams*) (418). Le règlement de l'agence a été

(414) Article 7, règlement n° 2007/2004.

(415) Cf. S. CARRERA, «The EU Border Management Strategy. FRONTEX and the Challenges of Irregular Immigration in the Canary Islands», *Centre for European Policy Studies*, Working document n° 261, 2007.

(416) Article 7, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 2007/2004 révisé par la proposition de règlement du Parlement et du Conseil, COM(2010) 61 final, 24 février 2010.

(417) *Ibid.*, article 7, paragraphe 1. Toutefois, il est à noter que la Commission avait déjà fait cette proposition au moment de la création de l'agence Frontex, sans succès.

(418) Règlement (CE) n° 863/2007 du Parlement et du Conseil, du 11 juillet 2007, instituant un mécanisme de création d'équipes d'intervention rapide aux frontières et modifiant le règlement (CE) n° 2007/2004 du Conseil pour ce qui a trait à ce mécanisme et définissant les tâches et compétences des agents invités, *JOUE* L 199, 31 juillet 2007, p. 30.

modifié à cet effet. Ces équipes sont créées de manière ponctuelle à partir d'une liste réserve de quatre cent cinquante garde-frontières nationaux potentiellement mobilisable, à la requête des États membres confrontés à des situations de crise. Ce mécanisme a été constitué au cours de l'été 2007 et n'a, pour le moment été mis en place que dans le cadre d'exercices d'entraînement (419). Il était permis de voir dans ce système les prémises de la constitution d'un corps européen de garde-frontières. Cette possibilité vient d'être présentée dans la proposition de la Commission du 24 février 2010, non pas dans le cadre particulier des équipes d'intervention rapide déployées en situation d'urgence mais dans celui des opérations conjointes classiques. La Commission a en effet proposé que l'agence soit dotée, en plus de moyens matériels sus évoqués, d'une réserve permanente de garde-frontières regroupés en « équipes communes de soutien ». Ces équipes communes de soutien seraient composées de garde-frontières nationaux détachés par les États membres auprès de l'agence pour une durée de six mois (420). Cette possibilité, si elle est soutenue par certains États membres, risque de susciter un certain nombre réticences de la part des États membres qui avaient déjà refusé un tel projet. Ce refus ayant conduit à la création de l'Agence FRONTEX.

Dans le cadre de ses missions opérationnelles, l'agence en tant que telle ne dispose pas de pouvoirs d'exécution ni de pouvoirs répressifs, son intervention se limitant à coordonner, à la requête d'un ou plusieurs États membres, des opérations conjointes entre membres des services nationaux compétents. Cela ne l'empêche donc pas de procéder, le cas échéant, à des mesures de contrainte lorsqu'elle y est habilitée par lesdits États. Le règlement instituant les équipes d'intervention rapide « RABIT » a tenté d'apporter des éléments de réponse en prévoyant explicitement que les équipes d'intervention rapide, comme les équipes constituées dans le cadre des opérations conjointes, doivent respecter le droit communautaire et le droit national de l'État hôte. Cette disposition trouve néanmoins des difficultés à s'appliquer à l'ensemble des opérations de FRONTEX, en particulier celles conduites sur le territoire des États tiers, lesquelles se sont généralisées à la marge du cadre communautaire, et interrogent à la fois l'étendue des compétences et le contrôle opéré sur les activités de l'agence.

(419) Communiqué de presse du Ministère de l'intérieur de Slovénie, « RABIT exercise – Joint exercise of the Slovenian and other European police forces at the external Schengen border », 10 avril 2008, http://www.policija.si/portal_en/szj/2008/apr10-Rabit.php.

(420) Article 3 du règlement (CE) n° 2007/2004 révisé par la proposition de règlement du Parlement et du Conseil, COM(2010) 61 final, 24 février 2010.

II. – UNE ACTION RELATIVEMENT PEU CONTRÔLÉE AUX CONFINIS DU CADRE JURIDIQUE

Depuis sa mise en œuvre, l'agence Frontex a vu ses capacités développées de manière pragmatique, en marge du cadre juridique qui lui a été prescrit (A). Elle a ainsi pu jouer progressivement un rôle majeur dans l'externalisation progressive de la gestion des frontières extérieures, ce qui soulève encore un certain nombre d'incertitudes juridiques, lesquelles se reflètent également dans l'étendue du contrôle sur ses activités (B).

A. – *Le développement pragmatique d'activités en marge du cadre juridique de l'Union européenne*

Les opérations conjointes menées par l'Agence FRONTEX se déroulent régulièrement sur le territoire des Etats tiers. Cette situation se traduit par une extra-territorialisation des contrôles (1) aux confins du cadre juridique de l'Union européenne (2).

1. *L'« extra-territorialisation » des contrôles aux frontières extérieures*

La dimension extérieure des politiques migratoires n'est pas un phénomène nouveau mais elle est devenue une priorité centrale de l'Union dans ses relations extérieures, en particulier dans le cadre de la politique européenne de voisinage. Composante essentielle d'un « système intégré de gestion des frontières extérieures », cette dimension trouve écho dans les activités de l'agence dont la coopération ad hoc avec les pays tiers fait partie intégrante des opérations conjointes réalisées. Un véritable processus d'extra-territorialisation (*'deterritorialised controls'*) ou de contrôle dit « avant la frontière » (*'pre-border controls'*) s'est ainsi généralisé.

Cela s'illustre en particulier dans le déroulement des opérations HERA I, II, III aux frontières maritimes méridionales. Si l'objectif consistait dans le renforcement du contrôle de la zone côtière entre l'Afrique occidentale et les îles Canaries, l'agence FRONTEX a cependant été amenée, dans le cadre de ses activités d'assistance aux opérations conjointes de retour, à procéder à des interceptions dans les eaux territoriales de pays tiers (421).

(421) Cf. S. CARRERA (2007, *op. cit.*

Ces activités de contrôle et de surveillance nécessitent toutefois l'accord de l'Etat tiers dans lequel se déroulent lesdites opérations. Elles reposent ainsi sur la conclusion d'accords bilatéraux ou multilatéraux conclus entre les Etats membres ou l'Agence FRONTEX avec les pays tiers concernés, généralement de manière *ad hoc* en fonction des opérations. L'Agence FRONTEX, qui dispose de la capacité à agir sur la scène internationale, a déjà conclu de tels accords de travail avec dix pays de l'Europe centrale et orientale (Russie, Ukraine, Croatie, Moldavie, Géorgie, Monténégro, Albanie, Serbie, Macédoine, Bosnie-Herzégovine) et plus récemment, avec les Etats Unis (avril 2009). Souvent conclus dans le secret diplomatique, ces accords ne permettent pas de constater en pratique si les méthodes d'interception « *sont compatibles avec les précautions spécifiques dues aux personnes qui requièrent une protection internationale* » (422).

2. *Un fondement juridique incertain*

Le renforcement de la dimension extérieure de la problématique migratoire pose néanmoins un certain nombre d'interrogations eu égard au fondement juridique de ces opérations aux confins des frontières extérieures de l'Union européenne. En effet, le règlement institutif de FRONTEX ne prévoit aucune disposition spécifique relative à la pratique de la déterritorialisation des contrôles et de la surveillance des frontières extérieures (cf. *supra*). Echappant également au champ d'application du « code frontières Schengen » (423) dont les dispositions ne visent que le contrôle des frontières extérieures *stricto sensu*, ces activités se déroulent donc en l'absence d'une législation communautaire spécifique applicable à ces contrôles avant la frontière (à moins d'accords conclus par l'Union en ce sens).

Ce vide juridique est tout à fait problématique eu égard à la nature extraterritoriale d'une partie des activités de l'agence qui la mettent nécessairement en situation de devoir gérer des migrants, potentiellement demandeurs d'asile, en particulier lorsque les opérations de patrouille en mer se transforment en opérations de sauvetage. Ce qui arrive fréquemment, les migrants effectuant cette périlleuse traversée sur des embarcations tellement précaires qu'elles échouent en mer.

(422) Parlement européen, Direction générale pour les politiques externes de l'Union (Direction B), « Analyse de la dimension externe des politiques d'asile et d'immigration de l'UE – Synthèse et recommandations pour le Parlement européen », 8 juin 2006.

(423) Règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil, du 15 mars 2006, établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen) *JOUE* L 105 du 13 avril 2006.

La pratique généralisée du recours aux contrôles « avant la frontière » va donc se poser avec une acuité toute particulière, d'autant que l'étendue du contrôle sur les activités de l'agence est très limitée.

B. – *Un contrôle limité sur les activités de l'agence*

Les limites tiennent tant au contrôle juridictionnel (1) qu'à celui exercé par le Parlement européen (2).

1. *Un contrôle juridictionnel incertain sur les actions de l'agence dans les pays tiers*

Le recours contre les actions de l'Agence FRONTEX est limité au contentieux de la responsabilité, lequel est inhérent à l'existence de la personnalité juridique. Si l'agence Frontex ne dispose pas d'un pouvoir décisionnel, elle peut être néanmoins amenée à causer d'éventuels dommages dans le cadre de ses activités.

L'agence est d'abord responsable en vertu de ses obligations contractuelles, notamment dans le cadre des marchés publics qu'elle peut passer avec des opérateurs économiques. La Cour de justice est compétente pour connaître de l'affaire. Ce contentieux est cependant peu répandu (424).

En matière de responsabilité extracontractuelle, le règlement RABIT est venu clarifier la responsabilité civile et pénale concernant les « membres invités » des opérations conjointes et les « membres des équipes » RABIT. En principe, le recours en responsabilité civile s'exerce devant les juridictions nationales. L'Etat membre hôte est responsable des dommages causés par les membres invités et les membres des équipes durant une opération. Toutefois, la Cour de justice peut être amenée à connaître de litiges dans le cadre de l'article 273 TFUE lorsque le différend entre les Etats membres n'a pu être réglé par la voie d'un compromis. S'agissant de la responsabilité pénale, le recours s'exerce devant les juridictions nationales de l'Etat membre hôte, conformément au principe de territorialité.

La réponse est en revanche plus confuse s'agissant de l'action extérieure de l'agence. Elle n'est, en tout état de cause, pas prévue par son règlement institutif et ce n'est que récemment que cette dimension internationale a été introduite dans les pratiques de formation et l'expertise (425). Cette situation soulève ainsi de nombreuses interrogations

(424) Une seule affaire est actuellement pendante devant le TPI dans le cadre d'un marché de service passé par Frontex avec une société privée. Requête introduite le 13 décembre 2007, *Evropaïki Dinamiki c. Frontex*, aff. T-476/07, *JOUE* C 5, 23 février 2008, p. 55.

(425) Un accord de partenariat a été signé entre FRONTEX et le Haut commissariat aux Nations Unies pour les réfugiés (UNHCR) le 17 juin 2007 prévoyant en particulier une coopéra-

au regard de certains principes du droit international. Si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnaît que les Etats membres sont en principe responsables des éventuelles violations qu'ils pourraient commettre hors de leur territoire ou à l'occasion d'actions concertées avec d'autres Etats (426), en particulier dans le cas d'actes accomplis en haute mer, il est en revanche difficile de savoir si les obligations qu'ils tirent du droit international, en particulier le principe de non-refoulement (427), sont réellement respectées lors des opérations conjointes. De surcroît, ce procédé de prévention, qui étend la gestion des frontières maritimes extérieures au territoire des pays tiers, instaure ainsi des restrictions d'ordre pratique aux conditions de dépôt de demandes d'asile.

Dès lors, les responsabilités en matière de sauvetage en mer, les conditions dans lesquelles des interceptions peuvent avoir lieu restent l'objet de confusions et d'incertitudes. Cette incertitude est accrue selon le lieu ou la nature des eaux où le sauvetage est opéré ou encore selon l'organisateur du sauvetage ou de l'intervention (navire privé, marine, navire opérant dans le cadre de Frontex). Toutefois, s'il existe une obligation de sauvetage en mer issue du droit international à laquelle l'agence est liée, elle ne règle en rien la question du lieu de débarquement des migrants et laisse ainsi persister une situation d'incertitude juridique aux confins de la normativité (428). Si le droit coutumier international interdit, en principe, de renvoyer les migrants interceptés *en haute mer* vers un pays où ils risquent d'être exposés à des traitements inhumains ou dégradants (429), il ne prévoit pas le lieu de débarque-

tion (information, expertise, formation, etc.) en matière de droits de l'homme et sur la protection internationale des réfugiés. Par ailleurs, depuis 2006, un officier de liaison UNHCR a été appointé à Varsovie.

(426) A cet égard, la jurisprudence reconnaît l'effet extraterritorial de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, 25 mars 1995, *Loizidou c. Turquie*, aff. 15318/89; CEDH 11 janvier 2001, *Xhavara a. o. c. Italie et Albanie*, aff. 39473/98) et du Pacte International sur les droits civils et politiques (Comité des droits de l'homme, 29 juillet 1981, *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*, cas n° 52/1979).

(427) Article 33 de la Convention sur le statut des réfugiés.

(428) O. BARSALOU, 'L'interception des réfugiés en mer : un régime juridique aux confins de la normativité', (Lex Electronica, 13/3, 2008).

(429) Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984; Pacte International sur les droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966.

La Convention sur la recherche et le sauvetage en mer (SAR) adoptée le 27 avril 1979 stipule que les Etats parties doivent pourvoir à leurs besoins médicaux ou autres, ainsi que les déposer en lieu sûr (Chapitre 1.3.2).

Enfin, l'article 33 de la Convention sur le statut des réfugiés adoptée le 28 juillet 1951, interdit l'expulsion ou le refoulement d'un réfugié ou d'un demandeur d'asile vers un pays « où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques ».

ment ni la question de l'Etat responsable des migrants recueillis en mer. En pratique, dans la plupart des cas, l'Etat intervenant sera considéré comme l'Etat responsable de l'examen de la demande d'asile et sera ainsi contraint de débarquer les migrants dans ses ports maritimes. Il dépend donc de l'Etat intervenant de permettre un accès effectif aux personnes secourues à une procédure d'examen appropriée et de les mettre en mesure de déposer une demande d'asile auprès des autorités compétentes dès leur débarquement.

A la suite des demandes de certains Etats membres, dont l'Espagne, la Commission a proposé en novembre 2009, l'adoption d'une décision visant à modifier le « code frontières Schengen » en ce qui concerne la surveillance des frontières maritimes en vue d'intégrer les obligations issues du droit international et de régler la question du lieu de débarquement. Compte tenu des réticences de nombre d'Etats membres, la proposition apparaît minimaliste, en se bornant à reprendre les obligations de droit international sans plus de précision quant à la détermination du port le plus approprié pour le débarquement (hors accord conclu par les Etats membres concernés) ou encore à la définition d'un mécanisme de solidarité et de partage des responsabilités.

2. *Un contrôle restreint opéré par le Parlement*

Les activités de FRONTEX se caractérisent par un faible contrôle du Parlement européen (*'accountability'*) et un manque de transparence. L'agence a certes fait des progrès depuis l'origine concernant l'accès aux documents. Toutefois, nombre de documents restent cependant inaccessibles, en particulier concernant les accords de travail ou les aspects opérationnels. De la même manière, le contrôle du Parlement européen reste très restreint sur le fonctionnement et les activités de l'agence. Il a été écarté de l'adoption du règlement instituant l'agence, lequel est intervenu juste avant le passage à la codécision dans le domaine du contrôle et de la surveillance des frontières extérieures. En outre, il n'est ni représenté, ni ne peut influencer sur les organes de direction de l'agence et n'est pas non plus rendu destinataire des analyses de risque (et ne peut donc pas effectuer un contrôle du respect du principe de proportionnalité) alors qu'elles constituent le préalable nécessaire à toute opération.

Le Parlement européen avait milité au moment de l'adoption du règlement institutif pour disposer d'une influence plus importante sur les activités de l'agence. Cette possibilité lui a été offerte en 2007, à l'occasion de la modification du règlement, sous l'empire de la codécision, en

vue d'y introduire notamment les équipes « RABIT ». Le règlement a été adopté en première lecture quasiment sans discussion.

En outre, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, une nouvelle possibilité est offerte aux parlements nationaux qui pourront se saisir de la question et veiller au respect du principe de proportionnalité et de subsidiarité. Il reste maintenant à voir s'ils feront usage de leurs prérogatives à l'occasion de l'adoption prochaine du règlement modificatif de l'agence FRONTEX.

LA PRISE EN COMPTE DE L'EXISTENCE DES « AGENCES » PAR LES RÉCENTS TRAITÉS

PAR

JEAN-FRANÇOIS COUZINET

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE L'UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE

Les premières « agences européennes » sont apparues à partir de 1975. Elles portaient à l'époque des noms variés : centre, fondation, office, observatoire, etc. (430). L'expression générique et un peu vague, utilisée pour les désigner était : « *organismes communautaires décentralisés* » (431). C'est cette qualification que choisit d'utiliser, dans son étude consacrée à ces organismes, Isabelle Muller-Quoy, en soulignant que cette expression « *est celle retenue officiellement par la Commission et la Cour des comptes quand il s'agit de les présenter* » (432).

L'existence de ces organismes n'était pas prévue dans les traités constitutifs qui ne mettaient en place que des « institutions » et des « organes ». Même dans leur version récente, issue du traité de Nice et donc largement postérieure à l'apparition des premières agences, aucune disposition ne mentionne ces nouveaux types d'organismes. Les organismes décentralisés ont donc été créés non par les traités constitutifs mais par des décisions du Conseil fondées d'abord sur l'article 235 TCEE puis ensuite sur l'article 308 TCE qui reprend le libellé de l'article 235. Cet article, on le sait, permet de pallier les lacunes des traités en autorisant le Conseil, « *statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission* » à « *prendre les dispositions appropriées* », « *lorsqu'une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets*

(430) Les premières créées furent le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP) et la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail.

(431) Cf. I. MULLER-QUOY, « L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne – Recherche sur les organismes communautaires décentralisés », in « *Les agences de l'Union européennes* » – Actes de la première journée Guy Isaac – Toulouse – 8 juin 2001.

(432) Cf. note 1 de l'article précité.

de la Communauté européenne, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet».

Aujourd'hui le nombre de ces organismes a considérablement augmenté: de 12 recensés en 2001, il est aujourd'hui multiplié par 3: on est en effet passé en 2010 à 36 agences de l'Union (433). En outre l'existence des agences et la désignation commune qui les réunit ont été consacrées par la Commission et plus largement par les institutions européennes. Ainsi aujourd'hui le portail du site Europa de l'Union européenne comporte après les rubriques « Institutions » puis « Organes consultatifs », la rubrique « Les agences de l'union européenne ». Y sont regroupées quatre catégories: agences communautaires, agences de politique étrangère et de sécurité commune, agences de coopération policière et judiciaire en matière pénale et agences exécutives.

La définition générale des agences est donnée dans la rubrique consacrée aux agences communautaires: « Une agence communautaire est un organisme de droit public européen, distinct des institutions communautaires et possédant une personnalité juridique propre. Elle est créée par un acte communautaire de droit dérivé en vue de remplir une tâche de nature technique, scientifique ou de gestion bien spécifique... ». Cette définition peut également s'appliquer aux autres catégories d'agences de l'Union.

On pouvait donc légitimement penser que lors de la modification des traités constitutifs ou lors de l'adoption de nouveaux traités, les agences s'ajouteraient dans le texte même des actes supérieurs du droit européen aux institutions et organes d'origine. C'est cette vérification qui est à l'origine de la présente communication.

Les traités récents auxquels renvoie l'intitulé de notre étude sont d'une part le traité établissant une constitution pour l'Europe et d'autre part le traité modificatif adopté à Lisbonne. Nous consacrerons chacune de nos deux parties au premier puis au second de ces textes. Dans le premier texte on trouve une reconnaissance explicite des « agences ». Dans le second seulement une mention des « organismes », terme vague mais qui vise à n'en pas douter les organismes décentralisés ou agences.

(433) En utilisant les catégories proposées sur Europa: Agences communautaires: 22; agences de politique étrangère et de sécurité commune: 3; agences de coopération policière et judiciaire: 3; agences exécutives: 6 auxquelles on peut ajouter les agences Euratom: 2.

I. – LES « AGENCES » DANS LE TRAITÉ ÉTABLISSANT UNE CONSTITUTION POUR L'EUROPE

Ce traité a été, rappelons-le, signé à Rome le 29 octobre 2004 par les 25 Etats membres à cette date de l'Union européenne. La première partie est la partie « constitutionnelle » proprement dite. La deuxième partie contient la « *Charte des droits fondamentaux* » adoptée à Nice le 7 décembre 2000.

Dans la première partie, le titre IV est précisément consacré aux « *Institutions et organes de l'Union* ». Or dans le chapitre 1 : « *Le cadre institutionnel* », sont présentées les grandes institutions de l'Union : Parlement européen, Conseil européen, Conseil des ministres, Commission, ministre des affaires étrangères de l'Union. Mais aucune mention n'est faite des agences de l'Union.

Dans le chapitre 2 : « *Les autres institutions et les organes consultatifs* », sont présentés la Banque centrale européenne, la Cour des comptes et les organes consultatifs. Dans cette dernière catégorie, figurent seulement le comité des régions et le comité économique et social.

Toutefois, dans l'article I-41, *Dispositions particulières relatives à la politique de sécurité et de défense commune*, il est indiqué (paragraphe 3, alinéa 2) : « *Il est institué une Agence dans le domaine du développement des capacités de défense, de la recherche, des acquisitions et de l'armement (l'Agence européenne de défense) pour identifier les besoins opérationnels, promouvoir des mesures pour les satisfaire, contribuer à les identifier et, le cas échéant, mettre en œuvre toute mesure utile pour renforcer la base industrielle, technologique du secteur de la défense, participer à la définition d'une politique européenne des capacités et de l'armement, ainsi que pour assister le Conseil dans l'évaluation de l'amélioration des capacités militaires* ». En réalité, cette agence avait été créée quelques mois plus tôt, le 12 juillet de la même année 2004.

Le titre VI de la première partie est consacré à « *La vie démocratique de l'Union* ». L'article I-48 traite du « *Médiateur européen* ». Celui-ci, « *nommé par le Parlement européen, reçoit les plaintes relatives à des cas de mauvaise administration au sein des institutions, organes ou **agences** de l'Union...* »

De la même manière, tout aussi indirecte, l'article suivant I-49, *Transparence des travaux des institutions de l'Union* indique (paragraphe 1) : « *Afin de promouvoir une bonne gouvernance, et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, les organes et*

les agences de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture ». Il est précisé dans le paragraphe 3 du même article : « *Toute citoyenne ou tout citoyen de l'Union ou toute personne physique ou morale résidant ou ayant son siège statutaire dans un Etat membre dispose d'un droit d'accès aux documents des institutions, des **agences** et des organes de l'Union...* ». Toujours dans le même article, le paragraphe 5 est rédigé ainsi : « *Chaque institution, organe ou **agence** visé au paragraphe 3 arrête dans son règlement intérieur des dispositions particulières concernant l'accès à ses documents...* ».

Dans l'article I-50 *La protection des données à caractère personnel*, le paragraphe 2 indique : « *La loi européenne fixe les règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions, les organes et **les agences** de l'Union ainsi que par les Etats membres...* ».

Dans la deuxième partie « *Charte des droits fondamentaux* », on trouve également mention indirecte des agences. D'abord dans l'article II-42, qui reprend le droit d'accès aux documents, on retrouve la formule de l'article I-49 : « *Tout citoyen ou citoyenne de l'Union...a un droit d'accès aux documents des institutions, organes et **agences** de l'Union...* ». Ensuite et selon la même formule, dans l'article II-43, relatif au médiateur européen : « *Tout citoyen ou citoyenne de l'Union...a le droit de saisir le médiateur européen de cas de mauvaise administration dans l'action des institutions, organes ou **agences** de l'Union à l'exclusion de la Cour de justice européenne et du Tribunal de grande instance dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* ».

Enfin, dans le titre VII, *Dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte*, l'article II-51 précise : « *Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et **agences** de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité...* ».

II. – LES « ORGANISMES » DANS LE TRAITÉ DE LISBONNE (MODIFIANT LE TRAITÉ SUR L'UNION EUROPÉENNE ET LE TRAITÉ INSTITUANT LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE)

A la suite de l'échec de la ratification du traité établissant une constitution pour l'Europe, les Etats membres ont engagé, sur initiative française et notamment sous l'impulsion du nouveau président de la République élu en mai 2007 : Nicolas Sarkozy, des négociations pour élaborer un nouveau traité présenté tout d'abord comme un « traité simplifié ».

Celui-ci a été adopté sous l'appellation de « traité modificatif » le 19 octobre 2007 et signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. Il remplace le traité instituant la CE et le traité sur l'Union européenne par deux « nouveaux » traités: le « **Traité sur l'Union européenne** » (**nouvelle rédaction**) (TUE) qui reprend en les adaptant les dispositions de l'ancien TUE et le « **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne** » (TFUE) qui reproduit les dispositions du traité instituant la CE qui disparaît en tant que tel...

Il faut rappeler d'abord que ces traités, à la différence du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe, ne reprennent pas dans leur dispositif les articles de la Charte des droits fondamentaux (434). En conséquence les articles modifiés de cette charte qui mentionnaient les agences (435) ne figurent pas dans les nouveaux traités et, dans la Charte elle-même, les articles d'origine ne font aucune mention des agences.

Ensuite, au sein du titre II – « *Dispositions relatives aux principes démocratiques* », l'article 8 TUE comporte une reconnaissance indirecte des agences non sous cette appellation qui disparaît du traité mais sous celle, plus vague et aussi plus ancienne, « *d'organismes* ». On doit reconnaître sous cette appellation les « *organismes décentralisés* », première dénomination des « agences ». De ce point de vue aussi, le nouveau traité marque un recul vis-à-vis du traité établissant une constitution pour l'Europe. Plus précisément l'article 8 TUE est ainsi rédigé « *...L'Union respecte le principe de l'égalité des citoyens, qui bénéficient d'une égale attention de ses institutions, organes et organismes* ».

Dans le titre III du même traité sur l'Union européenne – « *Dispositions relatives aux institutions* », les agences ou organismes ne sont pas évoqués. Seules sont présentées les institutions proprement dites et mentionnés deux organes (art. 9 § 4) : le Comité économique et social et le Comité des régions, exerçant tous deux, est-il précisé, « *des compétences consultatives* ». Toutefois l'article 9 D, paragraphe 3, affirme l'indépendance de la Commission à l'égard de tout « *gouvernement, institution, organe ou organisme* ».

La seule agence à bénéficier de la consécration expresse sous cette appellation du traité sur l'Union européenne est **l'Agence européenne de défense**. Elle est mentionnée notamment dans l'article 27, para-

(434) L'article 6 du nouveau traité sur l'Union européenne reconnaît seulement ... « *les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 ... laquelle a la même valeur que les traités* ».

(435) Cf. *supra* n° 14 et 15.

graphe 3, qui lui reconnaît le rôle déjà décrit dans les textes précédents et notamment dans le traité établissant une constitution pour l'Europe. Cette mission de l'agence est précisée par l'article 30 du traité qui est spécifiquement consacré à l'agence européenne de défense.

Dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, on retrouve des dispositions figurant auparavant dans le projet de traité établissant une constitution qui constituent une reconnaissance des organismes considérés comme des agences. Mais, comme dans les articles précités du traité sur l'Union européenne, le terme d'organisme a supplanté celui d'agence.

Ainsi l'article 15, paragraphe 1, TFUE reprend le principe d'ouverture que l'on trouvait à l'article 49, paragraphe 1, du traité constitutionnel (436), pratiquement dans les mêmes termes à l'exception de celui d'agence: «*les institutions, organes et **organismes** de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture...*».

Une rédaction semblable est utilisée au paragraphe 3 du même article (437): est en effet souligné «*le droit d'accès aux documents des institutions, organes et **organismes** de l'Union*». On peut encore citer dans l'article 15 bis, la formule relative à la protection des données à caractère personnel par ... «*les institutions, organes et **organismes** de l'Union*» (438). Une expression identique figure dans l'article 195 TFUE sur le médiateur européen (439) qui, selon ce texte, connaît des cas de «*mauvaise administration dans l'action des institutions, organes **ou organismes** de l'Union*».

En guise de conclusion, on peut sans doute se réjouir de ce que les projets de traités ou les traités récents mentionnent l'existence des agences ou organismes décentralisés. Toutefois, on peut déplorer le caractère vague, indirect et allusif de cette reconnaissance qui se borne à mentionner au détour de certains articles les «*institutions, organes ou organismes...*». On peut estimer qu'il serait plus satisfaisant, eu égard à la situation actuelle des agences que leur prise en compte soit dans les traités tout à fait explicite. On ne peut donc que regretter que lors de la rédaction du traité de Lisbonne, l'occasion n'ait pas été saisie de faire figurer dans le chapitre consacré aux institutions de l'Union notamment, un article qui aurait pu indiquer, en reprenant par exemple, la définition des agences: «*pour remplir une tâche de nature tech-*

(436) Cf. *supra* n° 12.

(437) Cf. *supra* n° 14.

(438) Cf. *supra* n° 13.

(439) Cf. *supra* n° 14

nique, scientifique ou de gestion bien spécifique, le Conseil et le Parlement européen, sur proposition de la Commission, peuvent, par un acte de droit dérivé, créer sous l'appellation d'agence, un organisme de droit public européen, distinct des institutions de l'Union et possédant une personnalité juridique propre».

LES AGENCES ET ORGANISMES DIVERS DE L'UNION EUROPÉENNE : UNE APPRÉCIATION D'ENSEMBLE EN 2010

PAR

ERIC PARADIS

DIRECTEUR DU SERVICE FINANCIER CENTRAL, DIRECTION GÉNÉRALE DU BUDGET
COMMISSION EUROPÉENNE, BRUXELLES

I. – UN CHAMP D'ÉTUDE EN CONSTANTE EXPANSION

Il convient d'emblée de rappeler qu'il existe plusieurs types d'agences ou d'organismes qui participent à la mise en œuvre des politiques de l'union européenne et qui pour la plupart émarginent au budget européen.

Il y a en premier lieu, les agences de régulation dites aussi décentralisées car elles ont en général leur siège ailleurs que ceux des Institutions européennes : au début de 2010, il en existait ainsi 24 relevant de l'ancien premier pilier de l'Union, plus 3 ressortant de la coopération en matière de justice et de police, et 3 autres de la politique extérieure et de sécurité commune. Il y a encore 5 agences à l'étude dont 3 sont directement issues de la volonté de régulation, fortement mise à l'ordre du jour à la suite de la crise commencée en 2008, la première devant encadrer les marchés financiers, dont le siège serait à Francfort, la deuxième le secteur bancaire qui serait localisée à Londres et la dernière le secteur des assurances à Paris.

En second lieu, il faut mentionner les agences exécutives : au contraire des premières, créées par des règlements de l'autorité législative communautaire, les 6 agences exécutives ont été créées par la Commission, certes après une forte implication du Conseil à travers la procédure de la « comitologie » et du Parlement, très attentif à ne pas multiplier sans raison dûment justifiée cette forme d'organismes par laquelle la Commission confie l'exécution, notamment budgétaire, des programmes de l'Union à l'extérieur de ses propres services. Pour la période 2007-2013 le montant des programmes gérés par un effectif de 1549 agents s'élève

BRUYLANT

à 27,9 milliards €, sur lequel est prélevé leur budget administratif d'environ 140 millions €. Ces agences exécutives ont toutes leurs sièges à Bruxelles à portée de main des services de la Commission avec qui elles travaillent (dont une consacrée aux programmes relevant de la Santé et des consommateurs, située à Luxembourg). Leur statut est défini par un « règlement cadre » unique (CE n° 58/2003 du 19 décembre 2002) ce qui leur donne un positionnement institutionnel clair.

Viennent en troisième lieu les entreprises communes créées par le Conseil dans le domaine de la recherche et de l'innovation : il y en a actuellement 7 dont Fusion pour l'énergie F4E-ITER créée sous le Traité EURATOM et les 6 initiatives conjointes de technologie financées par le 7^e Programme-cadre de recherche et de développement, ainsi que 3 en cours de création non encore distincts des services de la Commission qui les gèrent et qui ont été établis dans le cadre du programme de relance européen.

Enfin, en dernier lieu, il faut encore citer l'Institut Européen d'innovation et de technologie localisé à Budapest.

Au total donc : 44 agences ou organismes en activité, auxquelles s'ajoutent 5 autres agences décentralisées en cours de discussion et 3 entreprises communes en cours de création.

Toutes ces agences ont été créées à des dates très différentes : pour les agences décentralisées 1 et 3 piliers, 2 en 1975, 10 dans les années 1990, 14 depuis l'an 2000, les 3 relevant de la PESC en 2001 ; les 6 agences exécutives entre 2006 et 2009, les 7 ICT en 2007 et 2008, bien depuis, l'EIT enfin en 2008. Les trois quarts presque sont donc apparues depuis moins de 10ans.

La multiplication des agences s'accompagne d'une évolution très importante de leurs ressources qu'il s'agisse de leurs effectifs ou de la subvention communautaire qui leur est versée. Ainsi les agences décentralisées (hors 2^o pilier) voient leurs effectifs passer de quelques 1435 postes en 2000 à quelques 5027 en 2010 tandis que les subventions du budget général de l'Union européenne passaient d'une centaine de millions € à quelques 677 millions en 2010 (440) (en excluant l'agence européenne pour la reconstruction de Thessalonique qui n'existe plus en 2010).

Cette envolée des ressources financières et humaines des organismes communautaires a conduit d'une part l'autorité budgétaire européenne, constituée par le Parlement européen et le Conseil des ministres, à effectuer plusieurs déclarations communes pour encadrer

(440) Document de travail partie III (en anglais) accompagnant le projet de budget 2011 de la Commission européenne COM(2010)300 de mai 2010.

cette évolution inquiétante à leurs yeux, en avril et juillet 2007, puis en juillet 2008 ainsi qu'à adopter un code de conduite en octobre 2007 et à inscrire dans le point 47 de l'Accord institutionnel sur la discipline budgétaire et la bonne gestion financière (441) une procédure visant à dégager un accord sur le financement des nouvelles agences, qui a été précisée par une dernière déclaration commune en novembre 2009. Mais elle a aussi, d'autre part, poussé plusieurs acteurs à procéder à leur nécessaire évaluation, objet de la présente contribution.

II. – LES ÉVALUATIONS EXAMINÉES

Nous examinerons ainsi trois évaluations récentes portant sur les différents types d'agence :

- Le rapport spécial n° 13/2009 de la Cour des comptes européenne sur les agences exécutives
- Le rapport dit des « sherpas » des initiatives technologiques conjointes rédigé entre octobre 2009 et janvier 2010 suite à l'organisation par la Commission de plusieurs réunions avec les représentants des initiatives technologiques conjointes. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une évaluation mais d'une analyse portant essentiellement sur les difficultés rencontrées lors de la création puis de l'acquisition de leur autonomie, par rapport aux services de tutelles.
- Pour ce qui concerne les agences décentralisées, la déclaration commune du 13 juillet 2007 demande à la Commission d'informer le Parlement et le Conseil sur les évaluations en cours ou prévues chaque année au plus tard pour le Trilogue budgétaire d'octobre. Il est souvent prévu dans l'acte de base des agences qu'une évaluation, soumise au Conseil d'administration, soit effectuée tous les cinq ans, quelques unes ayant donc déjà subi plusieurs évaluations. Le dernier paquet d'information sur ces évaluations a donc été remis à l'Autorité budgétaire en octobre 2009. A partir de 2010, la Commission a décidé d'inclure l'essentiel des informations résultant des évaluations de chaque agence dans un document de travail de quelques 460 pages accompagnant sa proposition de projet de budget (442). Nous nous concentrerons plutôt sur une évaluation d'ensemble livrée à la Commission européenne en décembre 2009 suite à un contrat signé avec Ramboell Management-Euréva-Matrix.

(441) JO C 139 du 14.6.2006.

(442) COM(2010)300 de mai 2010.

Cette étude fait suite à une communication de la Commission du 11 mars 2008 dans laquelle elle retirait sa proposition d'un accord interinstitutionnel avec le Parlement et le Conseil et leur proposait plutôt de travailler conjointement pour trouver le chemin à suivre pour établir des règles communes aux agences en s'appuyant notamment sur une évaluation d'ensemble.

Il convient également de citer le rapport d'information du sénateur Denis Badré enregistré à la Présidence du Sénat français le 7 octobre 2009 auquel il sera aussi fait référence ponctuellement.

A. – Le rapport spécial de la CDCE et les réponses de la Commission Européenne sur les Agences Exécutives.

Quelles ont donc été les principales recommandations de la Cour ?

Recommandation n° 1 :

- La Commission devrait revoir ses procédures visant à déterminer les possibilités d'externalisation et à examiner la création d'agences ou l'extension de leur mandat.
- La Commission devrait veiller à ce que les études coût-efficacité soient plus complètes afin qu'elles puissent contribuer pleinement et efficacement au processus décisionnel.

Recommandation n° 2

- Afin d'évaluer pleinement les avantages générés par les agences exécutives, la Commission devrait s'assurer qu'elle dispose des données pertinentes et fiables concernant la charge de travail et la productivité pour l'exécution des tâches déléguées, avant et après l'externalisation. Cela s'avère également indispensable pour établir la capacité des agences existantes à faire face à des tâches supplémentaires.
- La Commission est aussi invitée à définir les facteurs de réussite qui ont conduit à de meilleurs résultats au niveau des agences exécutives et à appliquer des facteurs similaires aux programmes dont la gestion se poursuit en interne.
- La Commission devrait mener une réflexion sur les mesures à adopter en vue de simplifier le recrutement du personnel des agences.

Recommandation n° 3 :

Le contrôle des agences devrait s'effectuer plus spécifiquement sur la base des résultats. Le calendrier pour l'adoption des programmes de

travail annuels devrait être plus cohérent. La Commission devrait en outre établir des objectifs SMART et assurer le suivi de leur réalisation au moyen d'un nombre limité d'indicateurs de performance clés, qui serviront de base pour définir les objectifs des années suivantes. Ce point est également capital pour la mise en œuvre à plus long terme des missions stratégiques de la Commission (ses "activités principales"), qui exigent une connaissance de l'exécution des projets sur le terrain et des résultats étayés par des informations probantes.

Les principales réponses de la Commission ont été les suivantes.

La Commission affirme ajuster en permanence son approche de l'externalisation et l'évaluation de ses besoins. Elle s'engage de plus à ne pas créer de nouvelles agences exécutives pendant la période de programmation allant jusqu'en 2013 et à limiter le nombre de programmes qu'elle leur confiera. Elle considère que les études coûts-bénéfices ont été constamment améliorées et quelles comprennent maintenant des indicateurs pertinents et mesurables, qui ont été dûment pris en compte dans le processus décisionnel. Elle confirme que les procédures de recrutement sont régies par celles des Statuts du personnel, se fondant sur les principes de transparence, de publicité et de traitement égal. Elle signale que ces procédures de sélection sont en voie d'amélioration et que les délais de recrutement vont diminuer. Quant aux mesures de supervision, la Commission considère que les réunions régulières qu'elle tient avec les agences et les rapports périodiques qu'elle en reçoit permettent aux directions générales d'effectuer correctement leur tutelle. Enfin, pour ce qui concerne l'approbation des programmes de travail des agences, la Commission indique qu'elle va prendre les mesures nécessaires pour adopter plus tôt les décisions de financement des directions générales de tutelle qui contiennent les éléments nécessaires pour cette approbation. Par contre, elle considère que les indicateurs d'impact des politiques gérées par les agences relèvent plus des services de la Commission eux-mêmes que des agences qui ne font qu'exécuter les programmes définis par la Commission. Les indicateurs pertinents pour les agences sont donc plutôt des indicateurs d'intrants, de processus, de résultats et de performance.

Au total, les Agences exécutives semblent sous contrôle :

- Si la décision de création est prise par la Commission, la possibilité du recours à une telle agence doit figurer dans l'acte de base adopté par le Parlement et le Conseil créant le programme que l'agence va soutenir et une analyse coût-bénéfice très complète doit leur être soumise. Pour ce qui concerne le Conseil, l'approbation

par le comité réglementaire des agences exécutives est nécessaire, tandis que les commissions du Parlement, notamment celle des budgets, examinent attentivement les justifications produites par la Commission.

- Les coûts semblent maîtrisés: le budget s'établit à quelques 140 millions € et les effectifs à 1500 environ dont environ 1100 agents contractuels dont les conditions de rémunération sont nettement moins favorables que celles des fonctionnaires qui peuvent ainsi se consacrer davantage à leurs tâches de conception.
- Dans l'ensemble, leur pertinence n'est pas remise en cause par la Cour des comptes européenne. Au contraire, la Cour note clairement dans ses conclusions que *« du fait de leur spécialisation dans des tâches bien définies, les agences exécutives produisent un service meilleur que celui que livraient auparavant leurs services de tutelle. Elles concluent les contrats, effectuent les paiements et approuvent les rapports techniques et financiers plus rapidement. Elles ont aussi amélioré les procédures et augmenté la communication vers l'extérieur et mieux disséminer les résultats, contribuant ainsi à accroître la visibilité de l'Union européenne »*.

B. – *Les Initiatives Technologiques Conjointes*

Rappelons d'abord que ces ITC se distinguent des autres organismes communautaires que sont les Agences. Ce sont en effet des Partenariats Publics Privés qui regroupent des fonds privés et publics, en particulier du budget européen. Toutefois, elles constituent des « organismes créés par le Communautés, dotés de la personnalité juridique et qui reçoivent des contributions à la charge du budget », comme les agences de régulation au sens de l'article 185 du règlement financier applicable au budget de l'Union européenne (443). Leur autonomie est trop récente pour une véritable évaluation.

Soumises à la réglementation financière (Règlement Financier cadre) et aux Statuts en matière de ressources humaines, les partenaires industriels se sont plaints de la lourdeur des procédures de mise en place.

(443) Règlement (CE, EURATOM) n° 1605/2002 du Conseil, du 25 juin 2002, modifié par le règlement (CE, EURATOM) n° 1995/2006 du Conseil, du 13 décembre 2006, *JOUE* L 390 du 30 décembre 2006.

Répondant à l'invitation des Commissaires à la recherche, M^{me} Reding et M. Potocnik, qui avaient rencontrés les partenaires industriels le 16 Juillet 2009, un groupe de représentants des ITC, les « Sherpas », ont travaillé sous la Présidence du directeur général de la Recherche et ont résumé leurs observations et leurs souhaits dans un rapport remis en janvier 2010.

Recommandations des sherpas des ITC

- Recommandation 1.1

L'objectif des ITCs est de faire face aux défis majeurs ayant un impact sur la compétitivité européenne. Leur reconnaissance en tant qu'organismes spéciaux par le Règlement financier cadre révisé leur permettrait d'atteindre leurs objectifs et de produire des résultats d'une façon efficiente et efficace.

- Recommandation 1.2

Saisir l'occasion de la révision triennale du Règlement financier pour reconnaître le caractère spécial des PPPs, y compris les ITCs, en développant des dispositions adaptées à leurs objectifs. Dans ce contexte, l'opportunité de développer un règlement cadre pour les PPPs sous l'égide du droit européen devrait être explorée.

- Recommandation 1.3

Avancer vers une approche plus tolérante face aux risques dans un esprit de confiance mutuelle, à l'instar des conclusions du Conseil sur la Compétitivité du 3 décembre 2009. Cet esprit est une condition primordiale préalable pour permettre l'efficacité et l'efficience des ITCs ainsi que la répartition des responsabilités.

- Recommandation 1.4

Afin de maintenir l'élan, la Commission européenne devrait continuer à renforcer sa coopération avec les entités légales du secteur privé au sein des PPPs dans le domaine de la recherche, en marge du Plan européen pour la Relance économique. Ceci permettra la visibilité des activités de coopération et garantira un engagement à long terme de la part des secteurs publics et privés, tenant en considération la viabilité durable de ces PPPs.

Notons que ces recommandations ne portent que sur cinq entreprises communes: Clean Sky, Fuell cells and hydrogen, Innovative medicine, ARTEMIS et ENIAC, les autres, (SESAR, ITER- F4E, et l'EIT) n'ayant donc pas participé aux travaux du groupe des « sherpas », contrairement aux représentants des entreprises communes en formation, issues du plan européen de relance économique.

Quelle a été la réaction de la Commission face à ce rapport ?

Ce qui ressort notamment de ce rapport, c'est l'appel à une réglementation moins lourde ou en tout cas mieux adaptée et connue des partenaires privés que la réglementation qu'impose l'article 185 du Règlement financier (RF) actuellement en vigueur, à savoir l'application d'un RF cadre simplifié qui peut comprendre toute une série de dérogations par rapport au RF général que la Commission peut accorder.

Cette évaluation par les praticiens des ITCs a été communiquée à la nouvelle Commission présidée par J.M. Barroso, en particulier à la Commissaire responsable pour la recherche et l'innovation, M^{me} Geoghegan-Quinn. La réaction, au stade actuel, a été double : d'une part suivre les recommandations du Commissaire à la recherche dans sa communication sur la simplification de la mise en œuvre du 7^e programme cadre de la Recherche et du développement (COM(2010)), et d'autre d'adopter les propositions relatives à la révision triennale du règlement financier du Commissaire à la programmation financière et au budget, J. Lewandowski (COM(2010) 260). Dans cette communication, en effet, le Commissaire Lewandowski propose 2 nouveaux modèles pour favoriser le fonctionnement des PPPs futurs : le premier permettrait de déléguer à des entités de droit privé l'exécution du budget qui leur est confié, en recourant entièrement à la législation et la réglementation nationales de l'Etat membre dans lequel serait établi le nouvel organisme, mais avec les obligations qui s'imposent à tous les délégataires, notamment une déclaration annuelle donnant assurance de la bonne gestion des fonds perçus. Le second prévoyant un statut mixte, selon lequel viendraient s'ajouter à ces règles nationales une série de dispositions visant à protéger les intérêts financiers de l'Union, contenues dans un RF modèle. En doublant les modalités possibles de coopération avec les PPPs, et en prévoyant surtout la possibilité de recourir à des pratiques mieux connues du secteur privé, la Commission espère faciliter à l'avenir le recours à ces partenariats qui allient les fonds et les compétences de gestion des acteurs privés et publics.

C. – La nécessaire évaluation des agences de réglementation

Dans sa communication du 11 mars 2008, la Commission

- regrette le manque d'une vision commune des Institutions européennes sur le rôle et les fonctions de ces agences.
- retire sa proposition d'un Accord Interinstitutionnel présentée dans sa communication du 25 février 2005 (COM(2005)59 final).

- invite le PE et le Conseil à se joindre à un groupe du travail interinstitutionnel.
- propose un gel dans la création de nouvelles agences et lance une évaluation horizontale des agences pour nourrir la réflexion du groupe avant fin 2009.

Cette évaluation a porté sur 26 agences qui ont été examinées une par une grâce à une grille de sept questions. On trouvera donc ci-après ces questions et directement à leur suite une synthèse des principaux éléments de réponse.

Pertinence de l'agence

Dans quelle mesure les justifications ou les raisons données pour le recours à une agence sont-elles encore pertinentes et correspondent-elles encore aux besoins identifiés lors de sa création et, question subsidiaire : existe-t-il des alternatives à chaque Agence ?

Quelques éléments des réponses recueillies :

Il n'a pas été possible pour les évaluateurs de dégager une rationalité d'ensemble, les créations semblant plutôt se faire au cas par cas en fonction d'intérêts politiques divers.

Les auteurs du rapport constatent de plus que des alternatives possibles n'ont souvent pas été recherchées. Ils notent cependant qu'une amélioration a été constatée avec le recours plus systématique par la Commission aux études d'impact préalablement à toute nouvelle initiative législative.

L'évaluation fait le recueil des principales raisons invoquées pour le recours à une agence : il s'agit d'abord de l'indépendance par rapport à la Commission et aux Etats membres que garantirait l'agence. Ensuite, une agence permettrait soit de faciliter l'exécution des tâches de nature intergouvernementale, soit de les exécuter dans un cadre de dialogue avec les partenaires sociaux ou les parties prenantes. Enfin, les agences peuvent être créées pour assurer le développement d'une expertise ou d'une capacité technique qui ne se retrouverait ni au niveau européen de la Commission, ni à celui des Etats membres.

Parmi les raisons non invoquées il convient de noter celle avancée entre autres observateurs par le sénateur Denis Badré dans son rapport d'information n° 17, selon laquelle chaque Etat membre revendiquerait « son » agence, les élargissements successifs ayant dès lors eu des *« effets inflationnistes sur le nombre d'agences »*.

1. *Agences, Institutions, Etat membres*

Quelle est la pertinence des activités exercées par les agences pour le travail de la Commission, ou des autres institutions ou de l'Union et de ses Etats membres? A quel transfert de responsabilités à partir de ces niveaux a conduit la création de telle ou telle agence et finalement quelles sont l'utilité, la qualité, et la facilité d'usage des produits et des services fournis par les agences pour ces différents acteurs de la construction européenne?

Quelques éléments des réponses recueillies :

Selon l'étude, les agences mènent des activités qui peuvent se regrouper en trois types :

- 1 Information (collecte, analyse, diffusion, mise en réseau); avis techniques et scientifiques; contributions à la coordination Etats membres et des Institutions.
- 2 Décision individuelles: enregistrements, certifications, (office des marques et dessins, médicaments).
- 3 Activités opérationnelles de coordination entre les gestionnaires publics des Etats membres (Agence ferroviaire, de contrôle des pêches, FRONTEX, EUROJUST,...).

Ces activités ont été évaluées comme pertinentes, avec peu de chevauchements ni entre les agences ni avec les autres intervenants des politiques européennes. De plus, l'évaluation montre que les résultats sont facilement utilisables pour le processus de décision. Enfin, pour la moitié des agences, elles résultent de transferts de responsabilités des Etats membres en vue leur coordination ou de leur harmonisation, ou encore du transfert de celles de la Commission qu'elle ne peut assumer du fait de son manque d'expertise.

2. *Gouvernance du système des Agences*

Les processus de création, de démarrage et de mise en place des agences y compris le choix du siège, ainsi que les mesures et les procédures de supervision satisfont-ils aux critères de la bonne gouvernance?

Quelques éléments des réponses recueillies :

Les évaluateurs rappellent que le terme de gouvernance couvre les processus par lesquels les décisions sont prises et mises en œuvre, et que les principales décisions sont celles relatives justement à leur création, leur fusion ou leur fermeture, la modification de leur mandat et

l'équilibre des pouvoirs au sein des conseils d'administration. Ils qualifient cette gouvernance de bonne si les processus de décision pour ces grandes questions sont transparents, ouverts à la consultation, documentés et si les décideurs sont tenus pour responsables et efficaces.

S'ils constatent que la nouvelle pratique des évaluations d'impact, désormais obligatoires, apporte davantage de transparence sur les justifications des créations des dernières agences que ce ne fut le cas lors des premières vagues, une série de problèmes subsistent, parmi lesquels :

- le choix du siège qui reste peu transparent, ce qui conduit à des conditions d'installation et de démarrage souvent insatisfaisants
- les fusions et fermetures sont rarement envisagées, une seule agence ayant été dissoute à ce jour (l'agence européenne pour la reconstruction dont le siège était à Thessalonique)
- les conseils d'administration ne reflète qu'imparfaitement l'équilibre des intérêts en jeu dans le domaine d'activités de l'agence. En effet, le modèle dominant de composition de ces conseils d'administration prévoit que tous les Etats membres y siègent ainsi qu'un seul représentant de la Commission. Or il serait souvent utile que les parties prenantes des enjeux qui ressortent des activités de l'agence y soient également représentés, ou y remplacent la représentation exhaustive de tous les Etats membres (dont les évaluateurs constatent que les représentants n'ont pas toujours le profil adéquat, selon les personnes interviewées). En conclusion, les auteurs du rapport estiment que le modèle standard est parfois coûteux, inefficace et non nécessaire.

3. Cohérence des objectifs et des activités des agences entre les différentes agences et avec les objectifs des politiques de l'UE

L'étude relève un degré élevé de cohérence des objectifs et des activités exercées par les agences au moins avec celles de la direction générale de la Commission « parente ». Cette cohérence est assurée par leurs actes de base ainsi que par les consultations avec leur Direction Générale de tutelle sur leurs programmes de travail, et ce d'autant plus que la politique concernée fait l'objet de documents stratégiques clairs de la part de la Commission.

Le maintien de relations multiples avec les agences opérant dans le même domaine au niveau international (particulièrement de l'ONU) et national (avec les agences des Etats membres ou des organisations

sœurs des Etats tiers) ou encore avec d'autres agences travaillant dans des domaines proches est également un gage de cohérence et donne lieu à une multiplication des accords passés par les agences.

Ainsi les auteurs peuvent-ils constater au total une bonne cohérence en matière de communication entre les agences et les Institutions européennes.

4. *Efficacité*

Les agences ont-elles atteint leurs objectifs, en particulier ceux établis dans leur programme de travail ?

Quelques éléments des réponses recueillies :

Les évaluateurs estiment que les agences atteignent en général largement les objectifs fixés dans les programmes de travail, sur base de l'examen des rapports annuels d'activité et / ou des enquêtes de satisfaction à leur disposition qui montrent en général un bon degré de satisfaction. De plus ils relèvent que les mérites ou les échecs sont toujours partagés avec d'autres acteurs que ce soient les Etats membres, les institutions européennes ou internationales, ou les organisations de la société civile.

Les meilleurs résultats sont obtenus, selon les personnes interrogées, quand les agences ont développé une expertise interne adéquate et flexible ou quand certaines tâches sont standard et récurrentes et peuvent donc être gérées en y apportant des améliorations continues.

5. *Efficience*

En complément à la question de l'efficacité des agences, les évaluateurs ont cherché à savoir si leurs activités avaient été conduites avec efficience, en atteignant leurs objectifs spécifiques avec le meilleur rapport entre les moyens mis en œuvre et les résultats obtenus.

Quelques éléments des réponses recueillies :

Selon les résultats des enquêtes, deux facteurs de coût sont particulièrement significatifs pour l'efficience des agences.

D'une part, il s'agit des coûts administratifs pour lesquels ils constatent qu'en moyenne un tiers des ressources humaines y sont affectés. En effet la réglementation qui s'applique aux organismes communautaires tombant sous l'article 185 du règlement financier applicable au budget européen, c'est-à-dire toutes les agences de régulation, impose à toutes des fonctions de contrôle, audit, de comptabilité, d'administration du personnel, de séparation des fonctions d'exécution budgétaire et au total le respect de procédures bien adaptées à

la dépense publique quant elle est effectuée par des administrations importantes en nombre mais qui grèvent l'efficacité des petites agences jusqu'à 75 personnes, plusieurs ayant des effectifs inférieurs à ce seuil. Comme le constataient les «sherpas» des ITC qui rentrent dans cette catégorie cela est d'autant moins efficace que toutes ces procédures manquent de flexibilité.

D'autre part, le second facteur d'inefficacité est constitué par les coûts liés au choix du siège : les auteurs notent que ce choix peut avoir des conséquences non négligeables sur le budget qu'il faut allouer aux missions, sur les coûts entraînés par les temps d'accès au siège, que les coûts locaux des terrains et des bâtiments influent, que l'attractivité pour les agents du lieu choisi – par exemple par la présence ou l'absence d'une école internationale, ou l'imposition des revenus- peut avoir des conséquences sur le recrutement... et ils notent que de ce point de vue les inégalités sont fortes entre les agences et que pour certaines d'entre elles la localisation choisie est particulièrement cause d'inefficacité.

Enfin, l'évaluation montre que les méthodes de gestion des ressources varient considérablement d'une agence à l'autre et que celles fondées sur les activités («*Activity Based Management et Budgeting*») semblent donner les meilleurs résultats en matière d'efficacité et de transparence.

6. *Supervision*

Cette question comporte les examens suivants : les mécanismes d'audit, de suivi, de reporting et d'évaluation permettent-ils d'assurer la responsabilité des agences et d'évaluer leur performance ?

Quelques éléments des réponses recueillies :

Les systèmes d'audit, de suivi et de reporting, tout comme les évaluations périodiques sont imposés par les actes de bases et la réglementation financière cadre et sont donc mis en place par toutes les agences qui se conforment à ces exigences avec la fréquence et les délais prévus. Toutefois, il est noté que les audits et le contrôle interne portent davantage sur la régularité et la légalité des opérations que sur leur performance. De plus, la perception à l'intérieur des agences est qu'il y a trop d'audit et ce d'autant plus que les Conseils d'administration n'y donnent pas une grande suite. Enfin, les enquêtes montrent que le suivi porte bien plus souvent sur les activités et les produits, que sur les résultats et les impacts.

7. Quelques thèmes transversaux et problèmes identifiés

Au terme des constatations ainsi effectuées par l'équipe des évaluateurs suite à l'examen des réponses apportées par les personnes rencontrées et de la documentation mise à leur disposition, les auteurs ont identifié une série de problèmes communs à plusieurs agences qui méritent qu'une solution leur soit apportée.

Pour ce qui concerne la gouvernance, le modèle standard des conseils d'administration dans lequel tous les Etats membres sont représentés- parfois par 3 membres, ce qui rend le CA pléthorique, ou parfois sans que l'Etat membre ne soit véritablement intéressé par les activités de l'agence, comme la Hongrie pour l'agence de sécurité maritime- n'est pas adapté à toutes les agences: d'autres modèles sont possibles par exemple avec une représentation tournante de 18 membres (EIGE-agence pour l'égalité des genres) ou un nombre limité à 15 membres (EFSA- agence pour la sécurité alimentaire) avec un forum consultatif composé de représentants de toutes les agences nationales. Les parties prenantes qui portent un intérêt aux activités de l'agence, à commencer par leurs usagers, sont souvent insuffisamment consultées et impliquées dans ses décisions. Les auteurs considèrent aussi que bien des agences ne sont pas conduites de façon suffisamment stratégique dans la fixation soit de leurs priorités à moyen terme, soit des règles qui assurent leur crédibilité ou la qualité des services rendus. Par exemple, seules 15 agences sur les 26 examinées ont une programmation pluriannuelle. Un autre problème relevé est celui de l'expression des intérêts européens plutôt que nationaux; et le constat est que si le poids des représentants de l'intérêt européen est parfois insuffisant il est bien souvent compensé par les pouvoirs de fixation du budget ou de supervision de la Direction générale de tutelle. Il apparaît aux auteurs qu'il y a des risques de sous-évaluation du rôle politique des agences qu'elles jouent à travers la façon dont elles diffusent l'information collectée ou produite, ou les avis qu'elles fournissent aux Institutions pour nourrir leur processus de décision. Enfin, l'équipe d'évaluation considère que la nécessité de promouvoir une image indépendante et la visibilité des agences n'est pas toujours évidente, parfois contre-productive, et mériterait davantage d'attention.

Parmi les problèmes liés à la création des agences et à leur mise en place, l'évaluation note qu'une attention insuffisante était portée à de possibles solutions alternatives jusqu'à l'introduction récente des études d'impact, qui apporte de la transparence dans le processus de la création, sans toutefois s'attaquer réellement aux problèmes du choix du siège et de la gouvernance. En effet, les auteurs relèvent qu'une fois

que l'Etat membre a été choisi, le reste du processus conduisant à la localisation manque de transparence. Ces choix peuvent contribuer à l'inefficacité des agences. Aussi conviendrait-il de prendre mieux en compte les différentes conséquences de ces choix en termes d'accessibilité, attractivité, coût des bâtiments, et taxes ; enfin, le pays d'accueil se devrait d'accorder des conditions avantageuses.

Par ailleurs, lorsque la question de la pertinence d'une agence se pose, c'est toujours sa survie qui est recherchée plutôt que sa fermeture ou sa fusion avec une autre. L'extension du mandat d'agences existantes est trop rarement envisagée.

Le support aux nouvelles agences devrait être amélioré, les bonnes pratiques diffusées, les expériences, notamment administratives, échangées. La taille critique des agences peut aussi être un problème et n'est pas suffisamment évaluée dans les études d'impact préalable et peut donc affecter l'efficacité des plus petites agences existantes (notamment celles dont les effectifs sont inférieurs à 75 agents).

En ce qui concerne la responsabilité et la nécessité de rendre compte de leur gestion, les directeurs des agences soumettent pour approbation leur rapport de gestion à leur conseil d'administration et sont soumis à la procédure de décharge du Parlement européen. Mais celle-ci devrait davantage se fonder sur la performance que sur le respect de la régularité et la légalité des opérations effectuées. Les évaluateurs regrettent aussi que la Commission est tenue parfois pour responsable pour des aspects qui lui échappent, notamment compte tenu de son influence insuffisante sur les activités et la gestion des agences. Les évaluations périodiques conduites par le personnel de la Commission et des agences-tous les cinq ans, en général- auxquels sont soumises les agences par leurs statuts n'examinent qu'insuffisamment l'atteinte des objectifs fixés et leur coût-efficacité.

Un autre problème relève de la mesure de la performance et de la comparabilité des agences entre elles. Les personnes interrogées dans les agences se plaignent souvent des conséquences de l'application de la réglementation financière (le règlement financier cadre des agences) et de celle relative au personnel (les statuts) en souhaitant que davantage de dérogations puissent être accordées. Or les évaluateurs constatent que les marges de flexibilité existantes sont rarement utilisées par les agences soit par méconnaissance, soit par crainte de s'écarter de l'application stricte des règles, l'accent étant mis sur la régularité des dépenses plutôt que sur leur efficacité. Or l'attribution des ressources budgétaires et humaines semble déconnectée des résultats obtenus et se fonder plutôt sur les budgets dépensés. Les auteurs préconisent

que les moyens accordés soient davantage fondés sur des données plus précises et tenir davantage compte de la performance, mais reconnaissent qu'il faut alors développer des indicateurs qui permettent de la mesurer qui ne sont pas actuellement disponibles.

Quant à la comparabilité force est de constater qu'il n'est actuellement guère possible de comparer les performances des agences entre elles. En effet soit les indicateurs d'impact et de résultats ne sont pas mesurés dans la même unité, soit les mêmes indicateurs mesurent des choses incomparables. En fait, et bien que ce soit difficile il convient d'abord de regrouper les agences par catégories d'activités comparables. Les auteurs s'y sont essayés et proposent les catégories suivantes :

Collecter et diffuser d'informations alimentant le processus décisionnel

Communiquer envers un public cible pour favoriser une prise de conscience

Contribuer à une coordination légère entre les Etats membres et les Institutions européennes pour mieux atteindre des objectifs de l'Union

Donner des avis techniques ou scientifiques d'experts aux décideurs européens

Faciliter la coordination opérationnelle entre Etats membres dans une politique donnée

Adopter des décisions individuelles concernant des demandes d'enregistrement et produisant des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers.

Les évaluateurs considèrent qu'à l'intérieur de ces groupes il serait possible de procéder à l'établissement de critères et d'indicateurs communs mais constatent que les agences ne sont guère tentées par cet exercice considérant qu'elles relèvent de plusieurs catégories ce qui rend les comparaisons très difficiles voire impossibles.

III. – LES TRAVAUX DU GROUPE DE TRAVAIL INTERINSTITUTIONNEL

Cette évaluation, rappelons-le, avait été commandée par la Commission pour nourrir les travaux du Groupe de travail interinstitutionnel sur les agences de régulation, qui avait été créé par une déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission du 21 novembre 2008.

Cette évaluation était destinée, selon le Conseil, « à fournir à l'autorité budgétaire, les instruments et les moyens adéquats pour évaluer

dans le cadre de l'attribution de la contribution communautaire au cours de la procédure budgétaire annuelle la comparabilité des objectifs de performance, les dépenses administratives et opérationnelles, l'évolution du personnel et l'incidence de la taille des agences».

Nous avons vu dans quelle mesure les évaluateurs se sont efforcés de répondre à ces questions, voyons comment le groupe de travail entend les traiter.

Depuis la première réunion au niveau politique, en présence notamment de M^{me} Wallström, vice-Présidente de la première commission Barroso, chargée des relations avec le Parlement européen, qui avait eu lieu le 10 mars 2009, un groupe de travail au niveau des services des trois institutions a été mandaté pour explorer une série de 33 propositions regroupées dans les rubriques suivantes :

- La définition et la catégorisation des agences
- Leur création et leur dissolution
- Leur structure et leur gouvernance
- Leur gestion, administration et fonctionnement
- Les problèmes liés aux ressources
- La responsabilité, les contrôles et la transparence
- La supervision des agences

En particulier, le groupe a décidé que pour chaque rubrique, une fiche analytique serait préparée, composée de quatre parties :

- 1) l'état des lieux de jure et de facto ;
- 2) l'analyse critique de la question spécifique ;
- 3) les solutions possibles aux problèmes identifiés ;
- 4) les moyens possibles pour mettre en œuvre les solutions viables.

En septembre 2009, le groupe technique a approuvé la 1^{re} partie de toutes les 33 *fiches*, et les membres ont essayé de développer un tableau de bord esquissant le travail futur.

Le groupe a ensuite entamé les travaux sur la 2^e partie des fiches, c'est-à-dire une analyse critique des questions spécifiques et les forces et les faiblesses du système actuel ; le but de ce travail étant d'identifier les problèmes liés au système actuel des agences et de préparer le terrain pour la 3^e partie : les solutions à ces problèmes.

Pour chacune de ces parties, une fois que les fiches consolidées ont été approuvées au niveau technique par les services de la Commission, les Cabinets des Commissaires participant au groupe de travail doivent aussi les approuver au niveau politique, avant que les fiches ne soient soumises au Parlement et au Conseil pour discussion.

Effectivement une 2^e réunion s'est tenue à Strasbourg le 19 mai 2010 sous la présidence du vice-président Sefcovic, qui a succédé à M^{me} Wallström dans les relations avec le Parlement européen. La délégation parlementaire était composée, outre M. Chichester, de M^{me} Haug et de M^{me} Grässle, toutes deux des membres très expérimentées de la commission des budgets, la première ayant une connaissance très approfondie des agences, la deuxième du Règlement financier. L'une et l'autre ont demandé d'accélérer les travaux tant au niveau technique que politique. Toutefois l'ambassadeur Carlos Carnero représentant la présidence espagnole n'avait pas mandat pour s'écarter de la proposition de calendrier du vice-président. Les conclusions de cette réunion qui se félicitent des travaux accomplis (1^{re} partie des 33 fiches et 2^e partie pour 18 d'entre elles), mandate le groupe technique pour poursuivre son analyse et fixent donc les étapes suivantes :

La 2^e partie des fiches devraient être finalisées pour octobre 2010.

Le groupe se réunirait au niveau politique aussitôt que possible au 2^e semestre 2010 pour examiner les progrès accomplis et donner les orientations politiques pour les travaux sur les parties restantes des fiches.

Celles-ci devraient être complétées pour le premier semestre 2011.

Et donnerait lieu à un examen au niveau du groupe politique qui déciderait des suites à donner. L'objectif ultime est de trouver un terrain commun sur comment améliorer le travail des agences en 2011.

IV. – CONCLUSIONS PROVISOIRES

Dans l'attente de la conclusion de ces étapes ultérieures de l'évaluation dont est chargée le groupe de travail, il peut être utile de prendre connaissance de la dernière prise de position institutionnelle qui est celle du Parlement européen qui a donné décharge aux agences de régulation lors de sa session d'avril 2010 et adopté le projet de résolution préparé par M^{me} V. Mathieu, membre française de la commission du contrôle budgétaire, rapporteur pour les décharges 2008 données à chacune des agences qui bénéficient de fonds européens et auteur d'une résolution horizontale qui intéresse toutes les agences.

Il n'est pas étonnant d'y retrouver nombre des problématiques évoquées plus haut et diverses demandes s'adressant au groupe interinstitutionnel. Ainsi, cette résolution :

« demande au groupe de travail interinstitutionnel sur les agences d'examiner le dossier (des accords de siège) et, si possible, de définir des normes communes pour les accords de siège;

demande par conséquent au groupe de travail interinstitutionnel sur les agences de réfléchir à la possibilité d'un rapprochement, voire d'une fusion de certaines d'entre elles;

demande par conséquent au groupe de travail interinstitutionnel sur les agences de réfléchir à la possibilité d'établir une masse critique pour l'existence d'une agence et d'évaluer la possibilité d'organiser des services partagés,

demande au groupe de travail interinstitutionnel sur les agences de réfléchir aux qualités et compétences requises pour exercer efficacement la fonction de directeur d'agence;

demande, par conséquent, au groupe de travail interinstitutionnel sur les agences de réfléchir à la possibilité de donner à la Commission une minorité de blocage lors des votes en conseil d'administration afin qu'elle puisse faire valoir des décisions techniques adéquates pour l'agence »

Le rapporteur s'intéresse également au rôle du Conseil d'administration des agences, en leur demandant qu'ils *« assurent une convergence maximale entre la planification des tâches et la planification des ressources (financières et humaines), en introduisant la méthode de l'établissement du budget par activité (EBA) et de la gestion par activité (méthode EBA/GPA) »*; S'agissant de leur performance, M^{me} Mathieu demande que *« les agences élaborent des programmes de travail pluriannuels conformes à la stratégie communautaire pluriannuelle dans le secteur »* et *« estime que le programme de travail annuel devrait fixer des objectifs SMART et des indicateurs RACER dans sa programmation »*; elle se félicite également de ce que *« l'Agence européenne pour l'environnement qui, afin de piloter sa performance, a construit un système intégré de contrôle de gestion qui relie diverses applications informatiques de gestion permettant à la direction de l'Agence de suivre l'avancement de ses projets et l'utilisation de ses ressources en temps réel »*. Suivant son rapporteur, le Parlement européen souligne *« l'importance d'entamer une évaluation de la performance des agences dans le processus de la décharge et invite, par conséquent, la Cour des comptes à aborder le sujet dans ses prochains rapports sur les agences »*; il invite *« les agences à fournir à l'autorité de décharge les « cadres logiques » qui devraient être présentés dans l'audit de performance de l'agence afin de déterminer et de relier entre eux les besoins socio-économiques à prendre*

en considération dans le cadre de son intervention, ses objectifs, ses réalisations et ses effets».

Notons aussi dans cette résolution que le Parlement européen s'inquiète de l'annulation des crédits reportés, des soldes de trésorerie parfois jugés excessifs, en appelant les autorités budgétaires à faire « *à l'avenir, plus attention à se décider pour des augmentations du budget de certaines agences en prenant en considération le temps nécessaire pour mettre en œuvre les activités nouvelles* », et relève, à la suite de la Cour des comptes « *les insuffisances entachant les procédures de passation de marchés* » et donne en exemple pour les autres agences « *le comité d'audit créé par l'Autorité européenne de sécurité des aliments en 2006 qui joue un rôle important d'assistance du conseil d'administration* »

Ce sont donc une fois de plus les aspects budgétaires et de bonne gestion financière qui retiennent l'attention des Institutions européennes à propos des agences décentralisées. Mais au-delà de ces considérations budgétaires, mises en exergue en ces temps de crise où les finances publiques européennes peuvent être perçues comme en compétition avec les budgets nationaux, il y a d'autres préoccupations relevant de la gouvernance européenne qui doivent être prises en compte. En effet, M^{me} Mathieu considère que cette multiplication des agences « *risque, parfois, de s'apparenter à un phénomène de démembrement de l'administration communautaire, préjudiciable à l'exercice des responsabilités* » et rejoint ainsi le sénateur Denis Badré lorsqu'il s'inquiète « *des dérives qui accompagnent le phénomène d'agenciarisation de l'Europe. L'autonomie marquée des agences, leur responsabilité toute relative, l'augmentation incontrôlée de leurs moyens financiers et de leurs effectifs [...] plaident pour un regard toujours plus vigilant sur les agences européennes* ». Rappelons aussi l'observation des évaluateurs selon laquelle il y a des risques de sous-évaluation du rôle politique des agences qu'elles jouent à travers la façon dont elles diffusent l'information collectée ou produite, ou les avis qu'elles fournissent aux Institutions pour nourrir leur processus de décision.

Avec les autres types d'organismes que nous avons examinés plus haut, les agences exécutives et les initiatives technologiques communes, la Commission a de facto délégué une partie croissante de l'exécution du budget européen, aux agences décentralisées. Si on y ajoute que les fonds structurels et la politique agricole commune, soit ensemble près de 80 % du budget, sont en gestion partagée avec les Etats membres, la responsabilité de la Commission que lui confie l'article 17 du traité sur l'Union européenne (« *la Commission gère les programmes et exécute*

le budget») devient effectivement plus complexe à exercer. La Commission reste toutefois, d'après l'article 319 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la seule institution responsable devant l'autorité de décharge: «*le Parlement européen, sur recommandation du Conseil, donne décharge à la Commission*». Elle a donc le même intérêt que le Parlement et le Conseil à ce que l'évaluation de tous ces organismes soit finalisée au plus tôt et conduite à définir un cadre plus rationnel permettant de leur donner une place claire dans la construction européenne.

L'ÉLABORATION D'UN CADRE COMMUN AUX AGENCES DE L'UNION

PAR

JOËL MOLINIER

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE L'UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE

L'évaluation qui a été faite par M. Paradis, dans la communication qui a précédé celle-ci, du recours par l'Union à des agences ou autres organismes décentralisés, a bien mis en évidence la nécessité d'une réflexion globale, à partir des résultats acquis mais aussi des insuffisances qui ont pu être constatées à leur propos. En effet, selon les termes employés par le Parlement européen, si « *les agences de régulation peuvent être assimilées à des « micro-institutions », elles ont toutefois des « macro-incidences » sur le plan de la gouvernance européenne* » (444). A partir de ce constat, une démarche aurait pu être entreprise en vue de redéfinir le rôle et la place des agences dans l'Union. Telle était d'ailleurs l'ambition de la Commission affirmée dans les premiers travaux qu'elle a consacrés aux agences. Tel était aussi le titre initialement prévu pour la présente communication. Cependant, avec le recul qu'apporte l'étude des diverses sources disponibles sur le sujet, il paraît plus conforme à la réalité de considérer que l'élaboration d'un cadre commun aux agences de l'Union a été le véritable objectif que se sont fixé les institutions. Même s'il apparaît quelque peu en retrait par rapport aux prises de position initiales, l'atteindre ne représenterait pas un mince résultat.

Comme la Commission l'a bien résumé dans l'exposé des motifs du projet d'accord interinstitutionnel qu'elle a présenté en 2005 (445), « *en l'absence d'un cadre commun, la multiplication des dénominations, des tâches, des structures et des mécanismes de contrôle de ces agences crée une situation peu transparente, peu intelligible et préjudiciable à la sécurité juridique. Une transparence et une cohérence*

(444) Dans sa résolution du 21 octobre 2008 (v. ci-après).

(445) V. ci-après.

plus grandes sont donc nécessaires pour éviter que l'autorité législative n'institue des agences de plus en plus hétérogènes, au détriment de l'unicité de la fonction exécutive». En effet, la Commission avait rappelé, dans une communication publiée en 2002 (446), que, «*de par leur nature et leurs tâches, les agences participent à l'exercice de la fonction exécutive au niveau communautaire*». Dès lors, «*cette participation doit être organisée de manière cohérente et équilibrée avec l'impératif de l'unité et de l'intégrité de la fonction exécutive et des responsabilités qui s'ensuivent pour la Commission*». Ainsi se trouvaient définis les enjeux de la réflexion lancée par la Commission.

Cette réflexion sur un cadre commun a été menée tout au long de la première décennie du nouveau siècle et a été marquée par une série d'actes ou de propositions d'actes. Chronologiquement il est possible de relever :

- la communication de la Commission, du 11 décembre 2002, sur «*L'encadrement des agences européennes de régulation* » (447)
- le projet d'accord interinstitutionnel, du 25 février 2005, «*pour un encadrement des agences européennes de régulation* » (448)
- la résolution du Parlement du 1^{er} décembre 2005 sur le projet d'accord interinstitutionnel
- la communication de la Commission, du 11 mars 2008, intitulée «*Agences européennes – Orientations pour l'avenir* » (449)
- le rapport spécial de la Cour des comptes, n° 5 de 2008, «*Agences de l'Union: Obtenir des résultats* » (450)
- la résolution du Parlement européen du 21 octobre 2008 «*sur une stratégie en faveur de la future mise en œuvre des aspects institutionnels des agences de régulation* »
- le retrait par la Commission, intervenu le 25 mars 2009 mais annoncé un an auparavant, du projet d'accord interinstitutionnel (451).

Cette énumération permet déjà de vérifier que, près de dix ans après avoir été lancée – et plus encore si l'on tient compte du fait que, dans les travaux qui ont précédé la publication par la Commission en 2001 de son Livre blanc sur la gouvernance européenne (452) les agences

(446) V. ci-après.

(447) Doc. COM(2002) 718 final, non publiée au JO.

(448) Doc. COM(2005) 59 final, JO n° C 123 du 21 mai 2005.

(449) Doc. COM(2008) 135 final, JO n° C 202 du 8 août 2008.

(450) JO n° C 238 du 17 septembre 2008.

(451) JO n° C 71 du 25 mars 2009.

(452) Doc. COM(2001) 428 du 25 juillet 2001, JO n° C 287 du 12 octobre 2001.

occupaient une place importante (453) – la réflexion n'a pas encore abouti. Elle continue d'être menée puisque aussi bien, voici exactement un an, le 10 mars 2009, s'est tenue la première réunion d'un groupe de travail comprenant des représentants du Parlement, du Conseil et de la Commission, groupe dont la Commission avait proposé la mise en place un an auparavant, le 11 mars 2008, après avoir constaté que son projet d'accord interinstitutionnel n'avait donné lieu à aucune avancée (454) « *en dépit du soutien général exprimé par le Parlement européen [...] le Conseil n'étant pas prêt à accorder l'attention nécessaire à ce dossier et des doutes ayant été émis concernant l'utilisation d'un accord interinstitutionnel comme instrument pour atteindre cet objectif* » (455). Dans une déclaration commune du 21 novembre 2008, le Parlement européen, le Conseil et la Commission avaient approuvé la création de ce groupe de travail. La première réunion de ce dernier a abouti à la mise en place d'un groupe technique, chargé de préparer une nouvelle réunion au niveau politique, initialement programmée pour l'automne 2009 mais reportée au printemps 2010 dans l'attente du renouvellement de la Commission. L'objectif fixé est d'« *établir une plate-forme qui permettrait aux trois institutions de dresser un bilan politique collectif des actions réalisées par les agences et de la place qu'elles occupent au sein de l'Union. Elles auraient ainsi la possibilité de concevoir, ensemble, un modèle sur lequel devraient reposer les agences de régulation, et de définir avec précision les responsabilités de chaque institution vis-à-vis des agences* ».

Le dialogue interinstitutionnel ainsi relancé connaîtra-t-il un aboutissement dans un avenir proche (456)? Une « approche commune » ou, pour reprendre les termes utilisés par le Parlement européen (457) « *un cadre clair, commun et cohérent concernant la place qui sera dévolue à l'avenir aux agences dans le schéma de gouvernance européenne* » s'en dégagera-t-il? Il conviendra de s'interroger sur les raisons d'un tel étalement dans le temps, alors même que les grands axes de la réflexion

(453) Voir notamment les rapports du groupe de travail III.a Etablir les conditions d'une décentralisation par agences: « *Etablissement d'un cadre pour des agences de régulation à vocation décisionnelle* ».

(454) Communiqué de presse du 11 mars 2008 (doc. IP/08/419).

(455) Communication de la Commission du 11 mars 2008.

(456) Selon des informations transmises par M. PARADIS, le groupe de travail, réuni au niveau politique (avec la participation de membres du Parlement et de la Commission) devrait donner des directives, avant l'été 2010, au groupe réuni au niveau technique (composé d'agents des services administratifs de la Commission, du Parlement et du Conseil dans sa formation « affaires générales »).

(457) Dans sa résolution précitée du 21 octobre 2008.

sur les agences, qui vont être maintenant rappelés, ont été de longue date tracés.

Il est permis en effet de distinguer, dans la réflexion entamée et toujours en cours, trois thèmes :

- la typologie des agences
- la création et l'organisation des agences
- l'autonomie de fonctionnement des agences et ses limites.

I. – LA TYPOLOGIE DES AGENCES : L'INÉVITABLE CONFRONTATION DU CADRE COMMUN À UNE RÉALITÉ COMPOSITE

Il peut paraître curieux que la réflexion institutionnelle sur les agences ait porté, entre autre, sur la classification de celles-ci. L'élaboration de classifications n'est-elle pas censée être l'apanage des universitaires « faiseurs de systèmes » ? Cependant, la réflexion engagée ne pouvait faire l'économie d'un essai de typologie et cela pour deux raisons. La recherche d'un cadre commun amène, inévitablement, à se poser la question des limites du champ couvert par ce cadre : celui-ci aurait-il vocation à englober l'ensemble des agences ou bien telle ou telle catégorie d'entre elles devrait-elle être tenue à l'écart ? Ensuite, à l'intérieur même d'un cadre, qu'il soit d'ensemble ou qu'il n'intègre que la majorité, et non la totalité, des agences eu égard à l'extrême diversité de celles-ci, des catégories ne sont-elles pas, là aussi inévitablement, à distinguer ? Sur le premier point, on constate que le cadre dit « commun » laisse en réalité de côté certaines catégories d'agences (A). Sur le second, un effort de clarification a été tenté, qui passe par la définition des catégories d'agences incluses dans le cadre (B).

A. – *Les catégories d'agences placées hors du cadre commun*

D'emblée doivent être mises à l'écart les agences exécutives « *chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires* » qui, on le sait, relèvent d'une autre démarche, beaucoup plus récemment mise en œuvre : celle de l'externalisation par la Commission de tâches de gestion. Aussi bien, un cadre propre à ces agences a été établi par le règlement n° 58/2003 du Conseil, du 19 décembre 2002, qui fixe leur statut (458). Six en relèvent début 2010. C'est précisément à l'élaboration d'un tel cadre pour les autres agences, dites de régulation, que

(458) JO n° L 11 du 16 janvier 2003.

la Commission s'est attelée. Dans son projet d'accord interinstitutionnel, la Commission définit une agence européenne de régulation comme « *une entité juridique autonome créée par le législateur pour participer à la régulation d'un secteur à l'échelle européenne et à la mise en œuvre d'une politique communautaire. Par ses tâches, elle contribue à améliorer la façon dont les règles sont mises en œuvre et appliquées dans toute l'UE. Elle participe ainsi activement à l'exercice de la fonction exécutive au niveau communautaire* ». Cependant deux facteurs restrictifs sont intervenus, qui ont conduit à écarter du cadre commun certaines des agences censées répondre à cette définition.

D'une part, dans la communication du 11 décembre 2002 comme dans le projet d'accord interinstitutionnel du 25 février 2005, seules les agences relevant du traité CE sont appréhendées par la Commission. Celles s'inscrivant dans les anciens deuxième et troisième pilier de l'Union ne sont pas concernées, au moins dans un premier temps puisqu'il est spécifié que « *l'accord n'a pas vocation à s'appliquer d'emblée aux agences créées hors du cadre du TCE* ». Le motif invoqué est que la diversité déjà très grande des agences du pilier communautaire se trouverait encore accrue si l'on incluait les agences rattachées aux autres piliers.

D'autre part, seules les futures agences, c'est-à-dire celles créées postérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau cadre, seraient destinées à être régies par lui. La communication de 2002 ne l'affirme pas explicitement mais semble l'impliquer puisqu'il y est précisé qu'« *un encadrement approprié permettra de suivre une approche cohérente lors de la création de futures agences de régulation* ». Dans son Livre blanc sur la gouvernance européenne de 2001, la Commission l'avait d'ailleurs prévu en annonçant qu'elle « *définirait en 2002 les critères de création de nouvelles agences de régulation [...] et le cadre dans lequel elles devraient opérer* ». De manière beaucoup plus argumentée, le projet d'accord de 2005 indique qu'« *il paraît difficile, voire impossible, d'inclure d'emblée dans un cadre commun à la fois les agences à venir et la diversité des agences existantes. Cela risquerait de retarder considérablement le processus d'adoption et de porter atteinte à la sécurité juridique, en particulier pour les agences récemment créées* ». Tout au plus, dans sa communication du 11 mars 2008, la Commission devait-elle rappeler que « *bien que conçues pour s'appliquer aux nouvelles agences [les règles du cadre commun] pourraient aussi être utilisées pour revoir, de manière formelle ou informelle, les modalités de fonctionnement des agences existantes* ».

La limitation du cadre aux futures agences trouve un précédent dans le règlement de 2002 fixant le statut des agences exécutives, lesquelles

ont effectivement créées postérieurement à l'entrée en vigueur dudit règlement. Mais dans le cas des agences dites de régulation, on observe que plus des deux tiers d'entre elles étaient déjà en fonction au moment où, en 2005, la Commission a présenté son projet d'accord interinstitutionnel. A supposer que celui-ci ait été adopté, compte tenu des délais de discussion préalable, il serait vraisemblablement intervenu alors que, le processus de création de nouvelles agences se poursuivant, les trois quart, voire plus, de celles qui existent en 2010 auraient été mises en place. Là réside sans doute la principale interrogation quant à la pertinence du nouveau cadre : doté d'un champ d'application aussi limité, quel serait son intérêt ? Sauf à supposer que la tendance, constatée durant la dernière décennie, à l'« inflation » des agences (459) se manifesterait encore au cours des années à venir, amenant un nombre de plus en plus élevé d'entre elles à « entrer » dans le cadre. Pareille perspective était, on le sait, peu envisageable, sachant que le Parlement et le Conseil ont exprimé de longue date leur préoccupation quant à la croissance incontrôlée du nombre d'agences et leur volonté de maîtriser ce phénomène en s'assurant de la nécessité de créer tout nouvel organisme de ce type.

Aussi bien, dans sa communication du 11 mars 2008, la Commission fixe pour objectif au groupe interinstitutionnel dont elle propose la création « *de mettre en place des règles de base applicables à toutes les agences* ». Elle ajoute que « *toutes les agences [donc y compris celles déjà en fonction] doivent être organisées de manière à respecter certains principes fondamentaux en matière de responsabilité et de bonne gestion financière* ». Un changement d'approche est donc récemment intervenu, qui conduit à une démarche englobante, au prix sans doute d'une limitation matérielle de l'encadrement souhaité (« *règles de base* », « *principes fondamentaux* »).

B. – *La différenciation des agences entrant dans le cadre commun*

Le cadre commun recherché a pour objet, on l'a vu, les agences dites de régulation – appréhendées en tout ou partie. Encore fallait-il préciser la notion d'agence européenne de régulation. Les définitions adoptées à cet égard par la Commission ont évolué.

Dans sa communication du 11 décembre 2002, la Commission pose que, selon elle, « *la notion d'agence européenne de régulation désigne*

(459) Quatorze nouvelles agences ont été créées depuis le début des années 2000. La seule année 2004 a vu la création de cinq nouvelles agences.

les agences chargées de participer de manière active à l'exercice de la fonction exécutive, en posant des actes qui contribuent à la régulation d'un secteur déterminé». Dans son projet d'accord interinstitutionnel du 25 février 2005, la Commission rappelle, de manière plus vague, que «*conformément au Livre blanc sur la gouvernance européenne, les agences européennes de régulation contribuent à la mise en œuvre et à l'application des règles communautaires*». En outre, elles apportent à la Commission «*l'expérience et l'expertise nécessaires pour qu'elle puisse assumer pleinement sa responsabilité d'exécutif communautaire*». Plus récemment, dans sa communication du 11 mars 2008, la Commission se montre encore plus imprécise en indiquant que «*les agences dites «de régulation» ou «traditionnelles» assument divers rôles spécifiques, déterminés au cas par cas dans leur propre base juridique*».

Le caractère «flottant» de la notion d'«agences de régulation» rendait encore plus souhaitable une classification de celles-ci reposant sur des critères nets. Or, à cet égard, on observe que, significativement, alors que la Commission faisait preuve d'un flou grandissant au plan de la définition de la notion, elle s'est montrée plus rigoureuse dans la distinction des catégories d'agences dites de régulation.

Dans sa communication de 2002, la Commission distingue :

- «*les agences chargées principalement de fournir une assistance sous forme d'avis et de recommandations, qui constituent la base technique et scientifique des décisions de la Commission*;
- *les agences chargées principalement de fournir une assistance sous forme de rapports d'inspection, destinés à permettre à la Commission d'assurer sa mission de «gardienne» du respect du droit communautaire*;
- *les agences dotées du pouvoir d'adopter des décisions individuelles, qui produisent des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers*».

On relève que cette classification tripartite peut se transformer en classification bipartite avec, d'un côté, les agences dites d'assistance et, de l'autre, les agences décisionnelles.

Dans le projet d'accord interinstitutionnel de 2005, la Commission reprend en la modulant et en la complétant la classification précédente. Elle indique que les agences concernées peuvent être chargées d'une ou plusieurs des tâches suivantes :

- *a. adopter des décisions individuelles qui produisent des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers*;

b. fournir une assistance directe à la Commission et, le cas échéant, aux Etats membres dans l'intérêt communautaire, sous forme d'avis techniques et scientifiques, et/ou de rapports d'inspection;

c. mettre en réseau et organiser la coopération entre les autorités nationales compétentes dans l'intérêt communautaire en vue de collecter, d'échanger et de comparer l'information et les bonnes pratiques ».

On observe que les deux premières catégories distinguées en 2002 n'en font plus qu'une (b) en 2005 tandis qu'une nouvelle (c) apparaît, seule la première (a) étant maintenue telle quelle. La Commission ajoute dans son projet que « toute agence européenne de régulation est par ailleurs chargée de collecter, d'analyser et de transmettre une information objective, fiable et facilement accessible, relative à son secteur d'activité ».

Enfin, dans sa communication de 2008, la Commission modifie sa typologie et en fait application en rattachant précisément chaque agence à l'une des catégories distinguées. Elle affirme ainsi qu'« il est possible de classer les agences selon différents critères. Une méthode efficace consiste à examiner les fonctions clés qu'elles exercent. Bien que ces agences assument souvent plusieurs rôles différents, une analyse du centre de gravité de leurs activités permet d'établir les catégories suivantes :

- les agences qui adoptent des décisions individuelles produisant des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers ;
- les agences qui fournissent une assistance directe à la Commission et, le cas échéant, aux États membres, sous forme d'avis techniques ou scientifiques, et/ou de rapports d'inspection ;
- les agences chargées d'activités opérationnelles ;
- les agences chargées de collecter, d'analyser, de transmettre/de mettre en réseau une information objective, fiable et facilement accessible ;
- les services fournis à d'autres agences et institutions. »

On relève que la troisième catégorie identifiée en 2005 (mise en réseau et organisation de la coopération entre autorités nationales) disparaît, alors même qu'elle correspondait à un concept qui avait auparavant été bien mis en avant. La mise en réseau n'a plus pour objet que l'information. Quant aux trois nouvelles catégories qui apparaissent, leur pertinence est sujette à discussion : les « activités opérationnelles » entrent-elles dans la notion de régulation ? Le travail axé sur l'information n'est-il pas commun à toutes les agences ? Le Centre de traduction peut-il être considéré comme une agence de « régulation » ? On observera que, pour sa part, le Parlement européen, dans une résolution adoptée le 23 avril 2009 « sur la gestion financière et le contrôle des agences de l'Union

européenne», préfère utiliser les termes « agences décentralisées », qui désignent d'une manière générale les agences dites « traditionnelles », par opposition aux agences d'exécution ; il estime non sans raison que « l'expression « agence de régulation », qui est de plus en plus utilisée comme dénomination générique, prête à confusion, étant donné que les agences décentralisées n'ont pas toutes des tâches de régulation » (460).

Quoi qu'il en soit, on doit reconnaître à la Commission le mérite d'avoir tenté, par un effort de regroupement, d'introduire un peu de clarté dans un ensemble de prime abord complexe à appréhender en raison de l'extrême diversité des organismes qui le constituent. La Cour des comptes, dans son rapport spécial (n° 5 de 2008, annexe I), s'est pour sa part livrée à une différenciation non pas des agences mais des compétences exercées par les agences, une même agence étant susceptible de relever de plusieurs des catégories de compétences distinguées (461). Cette présentation exprime de façon encore plus évidente l'hétérogénéité des situations rencontrées.

Au total, et paradoxalement, les classifications retenues (462) ou les distinctions opérées, si elles répondent à un louable souci de clarifica-

(460) Dans sa résolution précitée du 21 octobre 2008, se situant dans une perspective budgétaire ou, plus largement, financière, le Parlement fait référence à « la définition d'une « agence », formulée lors du trilogue du 7 mars 2007, quand il a été convenu, aux fins de l'application du point 47 de l'AIJ du 17 mai 2006, que la définition d'une « agence » serait déterminée par la question de savoir si l'organisme est créé conformément à l'article 185 du règlement du Conseil (CE, Euratom) n° 1605/2002, du 25 juin 2002, portant règlement financier applicable au budget général des Communautés européennes ». L'article 185 du règlement financier vise les « organismes créés par les Communautés, dotés de la personnalité juridique et qui reçoivent effectivement des subventions à la charge du budget », pour lesquels un règlement financier cadre doit être arrêté par la Commission : ce fut le cas avec le règlement (CE, Euratom) n° 2343/2002, du 23 décembre 2002 (JO n° L 357/72 du 31 décembre 2002). Le point 47 de l'accord interinstitutionnel du 17 mai 2006 sur la discipline budgétaire et la bonne gestion financière met à la charge de la Commission, lors de l'élaboration d'une proposition visant à créer une nouvelle agence, une évaluation des « implications budgétaires sur la rubrique de dépenses correspondante » [du cadre financier pluriannuel] et invite les deux branches de l'autorité budgétaire « à dégager en temps opportun un accord sur le financement de l'agence ».

(461) La Cour distingue sept types de compétences : collecte et diffusion d'informations ; organisation de séminaires et de conférences ; mise en réseau et coordination des actions nationales et communautaires ; appui scientifique et technique, conception d'études et formulation de conseils et recommandations ; observation et suivi des politiques sectorielles ; formulation d'avis ; délivrance de certificats. Peut-être cette présentation aurait-elle pu être plus ramassée : était-il par exemple nécessaire de distinguer la formulation de conseils et recommandations de la formulation d'avis ?

(462) On peut ajouter aux classifications effectuées par les institutions européennes celle qui apparaît en annexe du récent rapport d'information du Sénat, de M. BADRÉ (session ordinaire 2009-2010, n° 17) sur l'évaluation de l'activité des agences européennes et qui consiste à ventiler les agences selon les rubriques du cadre financier pluriannuel de l'Union. Dans ce rapport en effet, l'accent est mis sur la croissance sensible des moyens alloués aux agences et le questionnement porte avant tout sur l'effectivité des contrôles de leur utilisation.

tion, ne font que mieux ressortir la difficulté de l'entreprise consistant à élaborer un cadre commun.

II. – LA CRÉATION ET L'ORGANISATION DES AGENCES : ENTRE VOLONTÉ DE PROMOUVOIR UN MODÈLE COMMUN ET NÉCESSITÉ D'UNE APPROCHE DIFFÉRENCIÉE

Le contenu du cadre commun envisagé a nécessairement évolué dans le temps, compte tenu de la longueur – une dizaine d'années – de la période qui s'est écoulée depuis que l'idée de mettre en place un tel cadre a été retenue. De surcroît, on l'a déjà relevé, la période a vu un changement d'approche se manifester. Cependant, ce contenu a toujours été conçu en faisant référence à un certain nombre de principes permanents : ceux de la gouvernance européenne, tels que la Commission, dans son Livre blanc de 2001, les a systématisés. On retrouve ainsi les principes de cohérence (inhérent à l'objectif d'un socle commun de règles pour la création, le fonctionnement et le contrôle des agences), d'efficacité (l'organisation des agences doit leur permettre d'accomplir de façon efficace les tâches qui leur sont dévolues), de responsabilité (qui passe par une autonomie juridique, administrative et financière accordée aux agences, avec en contrepartie un système clair de contrôles), de participation et d'ouverture (l'organisation des agences doit garantir la participation des milieux intéressés et un haut niveau de transparence dans leur action). C'est à l'aune de ces principes de bonne gouvernance que le contenu du cadre commun, s'agissant de la création et de l'organisation des agences, doit être précisé. Il peut l'être sous l'angle du processus de création des agences (A) et sous celui de la structure et du fonctionnement des agences (B).

A. – *Le processus de création des agences*

Comme la Commission l'a rappelé dès sa communication de 2002, « *il appartiendra toujours au législateur, sur initiative de la Commission, de décider de l'opportunité d'avoir recours à une agence de régulation dans un cas déterminé, par le biais de l'adoption d'un acte normatif spécifique* ». Cet acte doit être fondé sur la disposition du traité qui constitue la base juridique spécifique de la politique dont la mise en place de l'agence doit contribuer à la mise en œuvre. Ainsi que le relève la Commission, c'est cette approche qui a été suivie, à l'occasion de la création des agences de régulation les plus récentes dans les domaines de la sécurité alimentaire et des transports, le législateur ayant par là-même

abandonné la pratique précédente, qui consistait à avoir systématiquement recours à la base juridique de l'article 308 du traité CE (463), dont on sait qu'il fondait les compétences subsidiaires (ou encore dites complémentaires) de la Communauté européenne. Le recours à cette dernière disposition (aujourd'hui art. 352 TFUE) ne peut cependant être exclu, faute d'une base juridique spécifique dans les traités ou à titre complémentaire. Au plan juridique, la procédure de création des agences ne peut donc être uniforme, dans la mesure où elle est tributaire des dispositions des traités susceptibles de servir de fondement à l'acte portant création d'une agence. La procédure législative ordinaire devrait être cependant, et logiquement, la plus fréquemment empruntée (464).

Dans le projet d'accord interinstitutionnel, la Commission dépasse la problématique purement juridique de la création des agences en posant qu'elle s'engage à justifier toute proposition de création d'une agence sur la base d'une analyse d'impact. Celle-ci comprendra non seulement une vérification du respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité, mais aussi « *une évaluation ex ante aussi complète que possible* ». Cette analyse d'impact prendra dès lors en compte de nombreux facteurs (465). Elle devrait être renouvelée périodiquement, comme on le verra plus loin.

Enfin, dans sa communication de 2008, la Commission fait savoir qu'elle a choisi de ne pas présenter de proposition de création de nouvelles agences de régulation tant que l'exercice d'évaluation des

(463) En 2008 on pouvait relever que 12 des 23 agences relevant du traité CE avaient pour base juridique l'article 308 CE, les autres ayant été créées sur une base sectorielle du Traité.

(464) Au cours de la période récente, les actes de base de huit agences ont été adoptés selon la procédure de codécision. Dans la résolution qu'il a adoptée le 1^{er} décembre 2005 sur le projet d'accord interinstitutionnel, le Parlement s'est prononcé en faveur d'une généralisation de la procédure de codécision.

(465) Sont ainsi mentionnés par la Commission :

- a) le problème à résoudre et le besoin à satisfaire à court ou à long terme ;
- b) la valeur ajoutée de l'action communautaire ;
- c) les options alternatives à la création d'une agence européenne de régulation telles que la prise en charge des activités envisagées par la Commission, l'extension des tâches d'une agence existante, la création d'un office, la création d'une agence exécutive et/ou la sous-traitance de tâches individuelles ;
- d) les objectifs à atteindre au niveau général, spécifique et opérationnel, et les indicateurs nécessaires à leur évaluation ;
- e) tous les impacts involontaires et concessions mutuelles à envisager ;
- f) les tâches à allouer ;
- g) les gains éventuels en terme d'expertise, de visibilité, de transparence, de flexibilité et de réactivité, de cohérence, de crédibilité et d'efficacité de l'action publique ;
- h) les coûts induits par le contrôle, la coordination et l'impact sur les ressources humaines et autres dépenses administratives ;
- i) les leçons tirées d'expériences similaires déjà conduites ;
- j) le système de suivi et d'évaluations périodiques à établir.

agences existantes auquel elle a décidé de se livrer et dont elle entendait publier les résultats en 2009-2010, ne sera pas terminé. Un « moratoire » est donc décidé. La Commission précise cependant que les propositions déjà présentées et faisant l'objet de discussions en cours se poursuivront comme prévu, notamment dans les domaines de l'énergie et des télécommunications, ainsi qu'a propos de agences envisagées dans le domaine de la justice et des affaires intérieures.

Eu égard au nombre d'agences déjà créées – dont on voit mal comment il pourrait s'accroître encore de manière sensible à l'avenir – et au fait, comme on vient de le relever, que la mise en place des agences dont la création a été proposée avant mars 2008 ne sera pas conditionnée par une analyse d'impact préalable, cette dernière innovation risque d'avoir un... impact des plus limité, alors même qu'elle constitue dans doute l'élément le plus novateur des réflexions en cours sur le processus de création des agences.

B. – *La structure des agences*

L'organisation interne des agences a fait l'objet de propositions de la Commission, soucieuse au départ d'introduire sur ce plan une certaine uniformité. Les agences de régulation sont généralement dirigées par un conseil d'administration, à la composition variable (466), chargé de s'assurer qu'elles exécutent les tâches définies dans leur acte fondateur et par un directeur désigné pour assurer le fonctionnement de l'agence. En principe, le conseil d'administration nomme le directeur et a autorité sur le programme de travail, le budget et le rapport annuel de l'agence.

S'agissant du conseil d'administration, sur lequel se sont focalisées les réflexions, dans sa communication de 2002, la Commission plaide en faveur d'une composition réduite, tout en comportant une participation des représentants des parties intéressées, « *de manière à pouvoir prendre en compte le point de vue tant des acteurs économiques du secteur en question, que des destinataires des activités dont l'agences* ». Ainsi est suggéré un conseil d'administration composé

(466) Si, dans la plupart des cas, le conseil d'administration des agences est composé d'un (ou deux) représentant(s) de chaque Etat membre et de la Commission, on constate dans certains conseils la présence de membres désignés par le Parlement européen ou de représentants de la société civile ou des milieux socio-professionnels concernés. Il existe des situations plus originales : ainsi, le conseil d'administration de l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA) est tout à fait particulier, puisqu'il est composé d'un représentant de la Commission et de quatorze membres désignés par le Conseil en consultation avec le Parlement sur base d'une liste établie par la Commission, dont quatre doivent avoir une expérience acquise au sein des organisations des consommateurs et des autres opérateurs intéressés. Les Etats n'y sont donc pas représentés.

de quinze membres, six étant désignés par la Commission, six par le Conseil et trois, sans droit de vote, qui seraient les représentants des parties intéressées. En revanche, la Commission estime qu'il ne semble pas approprié que le Parlement européen désigne une partie des membres des conseils d'administration des agences, « *compte tenu du fait que le Parlement doit être libre d'exercer un contrôle politique externe sur l'action de celles-ci, sans qu'il se sente conditionné par le fait de participer à leur administration* ».

Dans le projet d'accord interinstitutionnel, la Commission se montre en retrait pas rapport à sa proposition initiale. Elle concède que les discussions engagées avec le Parlement et le Conseil sur la base de la précédent communication ont débouché sur un constat : il ne peut exister de formule unique pour la composition des conseils d'administration. Les principes de bonne gouvernance doivent toutefois être observés. Ainsi, les principes de responsabilité et de cohérence exigent que la composition du conseil soit modulée en fonction de la répartition des compétences entre le niveau communautaire et le niveau national, dans le domaine d'intervention de l'agence ; les principes d'efficacité et d'économie justifient un conseil à effectifs réduits ; les principes de participation et d'ouverture commandent d'associer les parties intéressées. Plus précisément, la participation d'une agence à l'exercice de la fonction exécutive appelle selon la Commission une représentation paritaire des deux branches de l'exécutif communautaire au sein de son conseil d'administration, cette représentation paritaire devant contribuer à trouver des compromis entre la poursuite des objectifs communautaires et la prise en compte des intérêts nationaux. Si les tâches dévolues à une agence n'impliquent pas en principe une représentation de tous les Etats membres au sein du conseil, la Commission estime que celle-ci peut toutefois être justifiée si l'agence participe également à l'exercice par les Etats membres de leurs compétences exécutives. On serait alors loin de l'objectif d'un conseil de taille réduite... En revanche la parité serait préservée dans la mesure où les représentants de la Commission disposeraient d'un nombre total de voix égal à celui des membres désignés par le Conseil. Pour le reste, la Commission maintient que la participation de membres désignés par le Parlement dans le conseil d'administration n'est pas envisagée car elle « *mettrait en question la capacité objective de contrôle extérieur du Parlement, notamment en tant qu'autorité de décharge* ». Enfin, les représentants des parties intéressées seraient autorisés à participer en tant que membres, mais sans droit de vote, aux délibérations du conseil.

Dans sa communication de 2008, la Commission concentre son propos sur la place qui lui est faite dans les conseils d'administration et sur le rôle qu'elle y joue. Elle observe que si elle y est en principe représentée, elle est toujours minoritaire et est parfois même privée du droit de vote. Cette situation suscite selon elle des interrogations dans la mesure où elle pourrait être tenue responsable des décisions adoptées par les agences. La participation de la Commission à d'autres aspects du travail des agences tels que, le cas échéant, la présentation d'une liste de candidats présélectionnés pour le poste de directeur d'une agence, la consultation sur les programmes de travail et la réalisation d'évaluations rend encore plus digne d'attention cette question de responsabilité. Pour le reste, la Commission rappelle qu'« *une stratégie plus uniforme en matière de gouvernance des agences permettrait l'application de certaines règles types à l'égard du conseil d'administration, du directeur, de la programmation des activités des agences et des rapports sur ces travaux* ».

On est donc passé, là encore, d'une volonté clairement exprimée par la Commission de promouvoir un modèle commun d'organisation interne des agences, précisément défini, à quelques orientations générales dont la mise en œuvre est laissée à l'appréciation du groupe de travail interinstitutionnel.

III. – L'AUTONOMIE DE FONCTIONNEMENT DES AGENCES ET SES LIMITES : À LA RECHERCHE D'UN NOUVEL ÉQUILIBRE

Dès sa communication de 2002, la Commission insiste sur la nécessité de doter les agences de régulation d'une réelle autonomie. En cela elles peuvent se distinguer des agences d'exécution, dont les liens avec la Commission sont par définition, et eu égard à la mission qui leur est confiée, beaucoup plus étroits. Dans son projet d'accord interinstitutionnel de 2005, la Commission pose clairement que « *l'autonomie d'une agence européenne de régulation est la clé de voûte de son efficacité et de sa crédibilité sur le long terme. Elle doit permettre à l'agence de prendre en compte toutes les données de son environnement en s'affranchissant autant que faire se peut des interférences extérieures. Notamment pour les appréciations techniques et scientifiques auxquelles elle doit se livrer, il importe qu'une agence soit dotée d'une marge d'autonomie non négligeable, établie non seulement vis-à-vis des institutions de l'UE mais aussi des États membres et des opérateurs eux-mêmes* ».

Cependant, la Commission affirme également, dans sa communication de 2002, qu'en contrepartie de l'autonomie qui doit leur être reconnue, il est tout aussi nécessaire que « *les agences de régulation soient en mesure d'assumer la responsabilité pour les actes qui leur sont imputables, à l'égard des institutions, des opérateurs intéressés et, plus généralement, du public* ». Les contrôles à mettre en œuvre sur les agences, contrepoids à l'autonomie dont elles jouissent, sont donc un volet important des travaux de réflexion qui ont été menés au cours de la précédente décennie. Aussi bien, le préambule du projet d'accord interinstitutionnel annonce que ses dispositions « *s'appuient sur un équilibre délicat entre les impératifs d'autonomie et de contrôles* ». Il convient dès lors d'identifier successivement les éléments constitutifs de l'autonomie des agences (A) et les formes de contrôles susceptibles d'être exercés à leur égard (B).

A. – *Les éléments constitutifs de l'autonomie des agences*

L'autonomie d'une agence ne se ramène pas à la personnalité juridique dont elle est dotée ; elle passe d'abord par celle dont sa direction bénéficie. Responsable des tâches opérationnelles confiées à l'agence – et à ce titre chargé de l'adoption des décisions individuelles, dans le cas des agences décisionnelles ; de veiller au processus de formulation des avis, études et autres contributions, dans le cas des agences d'assistance – chargé également de préparer les délibérations du conseil d'administration et de représenter l'agence, d'entretenir enfin les relations appropriées avec les interlocuteurs de l'agence, notamment les institutions et les partenaires intervenant dans le domaine concerné, le directeur d'une agence est au cœur du fonctionnement de celle-ci. Le mode de nomination du directeur n'est donc pas indifférent.

Dans sa communication de 2002, la Commission estime que la procédure de désignation du directeur devrait être différente selon le type d'agences. Dans le cas des agences d'assistance, il devrait être nommé par le conseil d'administration sur la base d'une liste de candidats proposés par la Commission. A l'inverse, dans le cas des agences décisionnelles, il devrait être nommé par la Commission à partir d'une liste de candidats proposés par le conseil d'administration. L'attribution à la Commission du pouvoir de nomination dans ce dernier cas constituerait dans une certaine mesure une innovation (467). Elle se justifie-

(467) A la date où la Commission a présenté sa communication, la nomination du directeur par la Commission était prévue uniquement pour deux très anciennes agences puisqu'elles ont été toutes deux créées en 1975 : le Centre européen pour le développement de la formation professionnelle et la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail.

rait par le souci de la Commission d'assumer de manière effective sa propre responsabilité dans l'accomplissement de la fonction exécutive, à laquelle participe les agences décisionnelles. Au-delà, et quel que soit le type d'agences, la procédure de nomination doit garantir que le directeur est investi de la double confiance du conseil d'administration et de la Commission. Enfin, là aussi dans tous les cas, le candidat pressenti pour le poste de directeur doit être soumis, toujours selon la Commission, à une audition devant le Parlement européen, avant d'être formellement nommé.

Quel que soit le mode de nomination mis en œuvre pour désigner son directeur, l'autonomie d'une agence implique que ce dernier ne puisse être soumis, dans l'exercice de ses fonctions, à un pouvoir d'instruction que la Commission exercerait à son égard, pas plus que la Commission ne pourrait de son propre chef suspendre, réformer ou retirer une décision émanant d'une agence. Toutefois, la Commission entend bien jouer, en amont, un rôle d'orientation des activités des agences. Dans sa communication de 2002, elle va jusqu'à évoquer l'exigence que le programme annuel de travail d'une agence, adopté par son conseil d'administration sur proposition de son directeur, soit soumis à son accord préalable. Dans le projet d'accord interinstitutionnel de 2005, la Commission envisage un dispositif plus souple et plus respectueux de l'autonomie des agences : le programme annuel de travail serait adopté par le conseil d'administration après avis de la Commission ; dans cas où la Commission exprimerait son désaccord sur le programme adopté, le conseil d'administration le réexaminerait et pourrait l'adopter, éventuellement après modifications, à une majorité renforcée qui serait déterminée dans l'acte de base de l'agence.

Comme pour toute personne publique, l'autonomie d'une agence revêt également une dimension financière (468). Sur ce plan, dans sa communication de 2002, la Commission suggère une procédure commune pour l'établissement du budget des agences de régulation : le directeur serait chargé de préparer le projet de budget, le conseil d'administration devrait l'examiner et l'adopter, après s'être assuré de l'approbation de la Commission, à la lumière des décisions prises dans le cadre du budget général de l'Union européenne (469). Cette dernière

(468) La dimension financière des agences est toutefois des plus dissemblable : si l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur était doté en 2009 d'un budget de 320 millions d'euros et si celui de l'Agence européenne des médicaments s'établissait à 186 millions, l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information avait un budget qui ne dépassait pas 8 millions d'euros.

(469) Il convient de rappeler que, conformément à l'article 185 du règlement financier général, la Commission a adopté un règlement financier-cadre qui fixe les règles d'établissement,

exigence se comprend au regard du fait que, s'agissant des recettes des agences de régulation, sur un total, en 2009, de près de 1100 millions d'euros, le financement par voie de subvention à la charge du budget général représentait un peu plus de 560 millions d'euros, soit environ la moitié (470). La Commission propose même de généraliser ce financement « afin de mettre en valeur la mission de service public des agences de régulation » tout en reconnaissant qu'il serait justifié de prévoir également la possibilité d'un autofinancement, total ou partiel, des agences, en rémunération des services rendus aux opérateurs intéressés, comme c'est d'ailleurs déjà le cas – sous forme par exemple de redevances – pour certaines agences de régulation existantes. Toutefois, dans cette dernière situation, la Commission estime souhaitable qu'en vue de préserver leur autonomie d'appréciation et d'éviter le risque de « capture » par ces opérateurs, des garanties soient prévues pour s'assurer que les agences bénéficiant des ressources propres restent indépendantes par rapport à leurs contributeurs. Par ailleurs, la Commission n'exclut pas que, dans des cas particuliers, des contributions en provenance des Etats alimentent pour partie le budget des agences. Il pourrait s'agir soit des Etats membres dans le cas où une agence leur apporterait une assistance directe, soit d'Etats tiers dans le cas où ces derniers participeraient à l'activité de celle-ci.

Enfin, on relève, significativement, que, dans sa dernière communication, de 2008, la Commission se montre moins soucieuse de l'autonomie des agences que de l'encadrement de celle-ci. Elle affirme en effet sans ambages que « l'ordre juridique communautaire actuel impose des limites claires et strictes au pouvoir autonome des agences de régulation. Elles ne sont pas habilitées à adopter des mesures réglementaires de portée générale. Leurs compétences se limitent à l'adoption de décisions individuelles dans des domaines spécifiques requérant une expertise technique déterminée, dans des conditions précises et strictement définies et sans véritable pouvoir discrétionnaire. En outre, les agences ne peuvent être investies de pouvoirs susceptibles

d'exécution et de contrôle du budget des organismes communautaires dotés de la personnalité juridique et qui reçoivent effectivement une subvention à la charge du budget général de l'Union (règlement n° 2343/2002 de la Commission du 23 décembre 2002, préc.). Le champ d'application de ce règlement est donc à la fois plus large (il concerne tout organisme de l'Union juridiquement personnalisé) et plus étroit (en est exclu un tel organisme qui serait en mesure de complètement s'autofinancer) que la catégorie des agences de régulation.

(470) Ces chiffres ne concernent que les agences relevant du traité CE et de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, à l'exclusion d'EUROPOL qui, conformément à son statut juridique, est financé par les États membres. Les agences établies dans le cadre de la politique étrangère et de sécurité commune sont elles aussi intégralement financées par les États membres.

de porter atteinte aux responsabilités explicitement conférées à la Commission par le traité». Il n'y a là sans doute, sur le fond, rien de véritablement nouveau, mais le fait que la Commission ait jugé bon de le rappeler et d'y insister est certainement révélateur d'un changement de perspective par rapport aux travaux du début de la décennie : la priorité semble devoir être, dans le but de maîtriser un phénomène qui a pris entretemps une ampleur considérable, de renforcer les contrôles portant sur les agences.

B. – *Les contrôles portant sur les agences*

Passer en revue les contrôles susceptibles d'être exercés sur les agences, et le cas échéant de faire l'objet d'un renforcement, revient à situer les agences par rapport aux institutions ou organes externes avec lesquels elles entretiennent des relations.

En tout premier lieu la Commission. Outre le rôle qu'elle est appelé à jouer, on l'a déjà vu, dans la procédure de nomination du directeur de l'agence et, directement, dans l'adoption du programme de travail et du budget de l'agence ou encore, indirectement, dans les autres délibérations du conseil d'administration de l'agence, par le biais des membres qu'elle désigne, la Commission mentionne, dans sa communication de 2002, l'article 185 du règlement financier général, qui dispose que les audits des agences doivent être menés par l'auditeur interne de la Commission et rappelle qu'elle doit pouvoir s'assurer que la responsabilité qui lui incombe en matière d'exécution du budget général des Communautés, conformément à l'article 274 du traité CE (aujourd'hui art. 317 TFUE), n'est pas mise en cause par les actions des agences. Plus généralement, la Commission doit pouvoir exercer son rôle de « gardienne » du droit communautaire et donc doit pouvoir intervenir – mais sans que les modalités de son intervention ne soient précisées dans cette communication – pour s'assurer que les agences respectent les dispositions de ce droit.

Le Parlement et le Conseil doivent également être impliqués dans le contrôle sur les agences. La communication de 2002 indique que l'on pourrait envisager de prévoir que les directeurs des agences soient soumis à des auditions par ces institutions et que les agences élaborent à leur intention des rapports périodiques sur leur fonctionnement et leurs activités. Dans le projet d'accord interinstitutionnel de 2005, il est prévu que le Parlement européen ou le Conseil peut demander à tout moment à entendre le directeur sur un sujet lié aux activités de l'agence, et en particulier lors de la publication du rapport annuel d'ac-

tivités de l'agence. A ce contrôle de nature politique devrait s'ajouter le contrôle administratif du médiateur européen, aux conditions prévues par l'article 195 du traité CE (aujourd'hui art. 228 TFUE).

Quant au contrôle financier portant sur l'exécution du budget des agences, il doit être mis en œuvre d'abord par la Cour des Comptes, conformément à l'article 248 du traité CE (471) (aujourd'hui art. 287 TFUE), puis par le Parlement européen, dans le cadre de la procédure de décharge pour le budget de l'agence (472). En réalité, comme la Commission le précise dans son projet d'accord interinstitutionnel de 2005, la Cour des comptes a à examiner les comptes et le Parlement a à donner décharge pour toute agence qui reçoit une subvention communautaire. Si l'agence est autofinancée (473), la décharge est donnée par le conseil d'administration de l'agence à son directeur. Le conseil d'administration informe alors le Parlement européen, le Conseil, la Commission et la Cour des comptes de sa décision de décharge. Par ailleurs, la réglementation relative aux pouvoirs d'enquête de l'Office européen de lutte antifraude (OLAF) doit être rendue applicable sans restrictions à toutes les agences.

Enfin, au titre du contrôle juridictionnel, la Commission estime qu'il convient de prévoir un droit de recours des Etats membres et des institutions devant la Cour de justice, en vue de faire constater d'éventuelles violations du droit communautaire par les agences et faire

(471) Outre le contrôle qui s'exprime dans son rapport général annuel, la Cour des comptes, on le sait, peut exercer sa mission sous forme de rapports spéciaux, comme elle l'a fait, s'agissant des agences, dans son rapport précité (n° 5 de 2008). Elle s'est livrée à un audit sur place de huit agences de régulation – sur quatorze qui avaient auparavant été amenées à répondre à un questionnaire détaillé – et s'est posée à leur égard trois questions, auxquelles la matière du rapport fournit des réponses :

a) Les agences ont-elles planifié leurs activités de manière suffisante, en se fixant des objectifs précis et mesurables ?

b) Les agences ont-elles mis en place des instruments solides de suivi de leurs activités ?

c) Les agences ont-elles bien rendu compte de leurs activités et fait procéder à des évaluations pertinentes de leurs résultats ? ».

(472) S'agissant du Parlement, son contrôle se manifeste par l'adoption de résolutions, la dernière en date étant celle, précitée, du 23 avril 2009 « sur la gestion financière et le contrôle des agences de l'Union européenne ». Ces résolutions comprennent les observations du Parlement accompagnant la décision de décharge qui lui incombe. 21 agences décentralisées et 3 agences exécutives étaient soumises à la procédure de décharge du Parlement au titre de l'exercice 2007, sans compter 3 agences qui ont été contrôlées par la Cour des comptes mais qui ne relevaient pas de la décharge du Parlement. Quant à l'exercice 2008, à la date de la présente communication, on en est au stade d'une proposition de résolution, adoptée par la commission de contrôle budgétaire du Parlement le 2 février 2010, « sur la décharge 2008 : performance, gestion financière et contrôle des agences » (doc. 2010/2007(INI).

(473) Deux agences : l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI) et l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV) sont financièrement autonomes car elles facturent toutes leurs prestations. S'y ajoute – mais il ne s'agit pas d'une agence de régulation – le Centre de traduction des organes de l'Union (CTOU).

annuler les actes qui seraient entachés de ces violations. S'agissant plus spécialement des agences décisionnelles, le respect du principe général de légalité implique selon la Commission de prévoir la possibilité d'un recours par les tiers intéressés devant le Tribunal de première instance ou, à l'avenir, devant une chambre juridictionnelle spécialisée, pour demander l'annulation des décisions prises par l'agence – éventuellement révisées par les chambres de recours internes – à l'encontre de ces tiers ou pour en faire constater la carence, en cas d'absence injustifiée de décision. Il conviendrait également de veiller à ce que les agences réparent les dommages causés par ces actes – ou par le défaut d'acte – le cas échéant à la suite d'une constatation juridictionnelle de leur responsabilité. On relève à cet égard que si le traité de Lisbonne étend le contentieux de l'annulation aux « *actes des organes ou organismes de l'Union destinés à produire des effets juridiques à l'égard des tiers* » (art. 263 TFUE), il demeure muet sur une extension similaire du contentieux de la responsabilité, seule l'Union, au travers de ses institutions ou de ses agents continuant à être visée (art. 272 TFUE pour la responsabilité contractuelle et art. 340 TFUE pour la responsabilité extra-contractuelle). Le silence du traité sur ce dernier point ne devrait cependant pas faire obstacle à une reconnaissance jurisprudentielle de la responsabilité des agences, sur le fondement du principe général de protection juridictionnelle effective.

Dans le projet d'accord interinstitutionnel de 2005, la Commission met l'accent, au-delà de la mise en œuvre des divers mécanismes de contrôle déjà inventoriés, sur la nécessité de soumettre régulièrement les agences à des évaluations, tant *ex ante* que *ex post*, de leurs activités et de leur fonctionnement (474). Plus précisément, il y est affirmé que « *la Commission s'engage à opérer une évaluation périodique de la mise en œuvre de l'acte de base, des résultats obtenus par l'agence et de ses méthodes de travail, en fonction des objectifs, du mandat*

(474) La mise en œuvre d'évaluations des agences n'est pas une innovation. Selon le rapport d'information du Sénat de 2009 déjà mentionné, environ une trentaine d'évaluations *ex post* consacrées au fonctionnement d'une quinzaine d'agences ont été réalisées jusqu'à présent. Ces évaluations ont été entreprises, dans la moitié des cas, par la Commission européenne, et, dans l'autre moitié, par l'agence elle-même. Presque toutes les évaluations ont été réalisées par un prestataire extérieur. Par ailleurs, en 2008, la Commission a commandé à des prestataires extérieurs la réalisation d'une évaluation d'ensemble des agences de régulation, qui s'appuie sur les évaluations déjà effectuées, afin de présenter une analyse transversale de leurs résultats. Cette « méta-évaluation » des agences – pour reprendre l'expression utilisée par la Commission – a fait l'objet d'une publication en septembre 2008. Pour autant, ainsi qu'il est observé dans le rapport d'information, « *la conduite d'évaluations ne constitue pas, à elle seule, le gage d'une meilleure gestion des agences. Il apparaît en effet que ces évaluations ne sont pas nécessairement suivies d'effets, faute d'être réellement prises en compte. Le système d'évaluation des agences semble actuellement, en partie, « tourner à vide ».*

et des tâches définis dans l'acte de base et des indicateurs fixés par l'évaluation ex ante et repris dans le programme annuel de travail de l'agence. A l'issue de cette évaluation, la Commission présente, le cas échéant, une proposition de révision des dispositions de l'acte de base. Si la Commission constate que l'existence même de l'agence ne se justifie plus au regard des objectifs assignés, elle pourra proposer l'abrogation de l'acte en question ». On voit apparaître ici en arrière-plan l'idée que les agences de régulation pourraient être soumises à un encadrement temporel – comme c'est déjà le cas pour les agences d'exécution – ce qui serait de nature à contribuer à la maîtrise du phénomène.

La communication de la Commission de 2008, en accord avec la tonalité d'ensemble de ce document, se situe au niveau de la problématique générale de la responsabilité des agences de régulation et de leurs relations avec les autres institutions. Il est seulement mentionné que « *les mécanismes visant à garantir que les agences de régulation soient responsables de leurs actes devraient être clairs tant pour les agences que pour les institutions. Ils devraient inclure l'obligation d'établir des rapports et d'effectuer des contrôles financiers et devraient couvrir les relations avec les parties intéressées ainsi que les réponses aux questions parlementaires [...] En outre, il convient d'établir des règles cohérentes en matière d'évaluation des activités des agences* ». Le Conseil ECOFIN du 17 juillet 2008 a pour sa part adopté des conclusions portant, notamment, sur l'évaluation des agences. Enfin, dans sa résolution précitée du 21 octobre 2008, le Parlement européen fait référence à « *la déclaration commune sur les agences adoptée lors du trilogue du 18 avril 2007, par laquelle il a été convenu d'évaluer à intervalles réguliers les agences existantes, l'accent étant mis sur le rapport coûts-bénéfices qu'elles présentent* » (475).

*

* *

(475) Le Parlement évoque plus précisément, pour la mise en œuvre des évaluations périodiques, les critères suivants :

« – *pertinence* : dans quelle mesure les objectifs prévus par le règlement de base sont-ils en rapport avec le niveau de dépenses autorisé dans le budget ?

– *efficacité* : quels ont été les effets (incidence) obtenus grâce aux activités de l'agence ?

– *efficience (efficacité par rapport aux coûts)* : comment les efforts consentis ont-ils été transformés en « outputs » et en résultats concrets du point de vue économique ? Les effets escomptés ont-ils été obtenus à un coût raisonnable, notamment en ce qui concerne les ressources humaines mises en œuvre et l'organisation interne ? »

Apparue dans le Livre blanc sur la gouvernance européenne de 2001, l'idée d'un encadrement du recours aux agences et, une fois celles-ci établies, de leur fonctionnement, n'a toujours pas connu, une dizaine d'années après, de concrétisation. Bien plus, en fin de période, une régression est intervenue, la Commission ayant retiré son projet d'accord interinstitutionnel, alors même que ce dernier lui était apparu comme l'instrument juridique le mieux approprié pour définir « *un socle commun minimal de principes, de règles et de procédures à respecter dans l'acte législatif portant création d'une agence européenne de régulation* ». Pareille conviction n'était pas partagée puisque, on l'a vu, dans sa dernière communication, de 2008, la Commission annonce le retrait, opéré l'année suivante, de son projet, Plus précisément, ainsi que la Commission l'explique en 2009, il n'y a pas eu de discussion politique au Conseil ou au COREPER sur le projet présenté par la Commission, le service juridique du Conseil considérant qu'il n'existait pas de base légale dans les traités pour un accord de ce type, dans le domaine concerné. Bien que le service juridique de la Commission soit d'un avis contraire – on relève que le règlement du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives a été adopté sur la base de l'article 308 du traité CE (aujourd'hui art. 352 TFUE) – et en dépit du soutien apporté par le Parlement à la position de la Commission, aucun progrès n'était, dès lors, susceptible d'être enregistré.

Au-delà du débat juridique, il est permis de se demander si les Etats ne s'accommodent pas, voire trouvent un avantage au maintien de la situation actuelle, caractérisée par l'absence persistante d'un cadre commun pour les agences de régulation. En effet, comme l'a bien relevé le Parlement européen dans sa résolution précitée du 1^{er} décembre 2005 sur le projet d'accord interinstitutionnel, la situation présente est « *susceptible de fragmenter le rôle exécutif de la Commission et de le morceler en une pléthore d'organes qui travaillent essentiellement selon le mode intergouvernemental* ». L'influence des Etats est en effet réelle, qui s'exerce par le biais des conseils d'administration où ils sont en règle générale représentés (476). L'adoption d'un cadre commun serait au contraire l'occasion pour la Commission d'une « reprise en mains » des agences et d'une « récupération » de sa fonction exécutive.

Quoi qu'il en soit, si la Commission est toujours convaincue de la nécessité d'une approche commune en matière de gouvernance des agences de régulation, elle a renoncé à s'engager sur la forme qu'elle devrait revêtir. Elle se déclare simplement ouverte aux alternatives

(476) Sauf cas exceptionnel, comme il a été rappelé plus haut s'agissant de l'EFSA.

à un accord interinstitutionnel⁽⁴⁷⁷⁾, qu'elles soient juridiquement contraignantes ou non, l'objectif primordial devant être de parvenir à un accord politique. Il reste que la Commission a renoncé à s'inspirer du modèle que constituait au départ l'encadrement des agences d'exécution : ainsi qu'elle en convient clairement en 2008, « *compte tenu de la diversité des agences de régulation, il ne serait pas approprié de chercher à reproduire le cadre juridique applicable aux agences exécutives* ».

Pour terminer, il est permis de se demander si l'ambition des discussions en cours au sein du groupe de travail interinstitutionnel n'est pas de nouveau des plus limitée. Pour le Conseil, tel qu'il est indiqué dans ses conclusions précitées du 17 juillet 2008, il s'agit d'examiner, dans un second temps – c'est-à-dire après l'exercice d'évaluation globale des agences annoncé par la Commission – « *la possibilité [qui reste donc à démontrer] d'une approche commune [et non plus d'un cadre commun] juridiquement non contraignante [dès lors sans effet garanti]* ». Quant au Parlement, il n'est pas indifférent de relever que, dans sa résolution précitée du 23 avril 2009, il se borne à évoquer, même si c'est de manière insistante, « *la nécessité d'établir des normes communes minimales [par là-même non constitutives d'un véritable statut] pour la création, à l'avenir [les agences existantes n'en relèveraient donc pas], d'agences décentralisées* ». La commission de contrôle budgétaire du Parlement, dans sa proposition de résolution précitée du 2 février 2010, se contente pour sa part d'affirmer qu'elle « *se félicite de la création d'un groupe interinstitutionnel sur les agences qui a pour objectif d'analyser et éventuellement [il n'y aurait donc même plus d'obligation de résultat] d'établir des normes communes minimales pour les agences décentralisées* ». Tout au plus se montre-t-elle un peu plus directive en demandant au groupe de travail de « *réfléchir à la possibilité d'un rapprochement, voire d'une fusion de certaines [des agences]* », eu égard au fait que les champs de compétences de celles-ci sont assez souvent proches.

Pourtant, dans une précédente résolution, adoptée le 21 octobre 2008, le Parlement fixait un programme nettement plus ambitieux au groupe de travail interinstitutionnel, faisant un inventaire très complet

(477) La délégation pour l'Union européenne du Sénat avait d'ailleurs préconisé, au lendemain de la présentation par la Commission de son projet, de recourir, plutôt qu'à un accord interinstitutionnel, à des lignes directrices de la Commission pour encadrer le recours aux agences (rapport d'information de M^{me} HERMANGE, session ordinaire 2005-2006, n° 58).

de toutes les questions soulevées par le recours aux agences (478). Cet inventaire reste d'actualité puisqu'il n'a toujours pas été répondu aux questions qu'il énumère. En attendant qu'il en soit ainsi – et à supposer que l'on y parvienne – l'impression d'un démembrement non maîtrisé de l'administration de l'Union, sous l'effet de la prolifération des agences, continuera de prévaloir.

- *la fixation de critères objectifs qui permettront d'évaluer la nécessité de l'existence d'agences, en tenant compte des éventuelles solutions de remplacement,*
- *une évaluation, régulière, coordonnée et cohérente, des travaux des agences et des résultats obtenus par celles-ci, y inclus l'évaluation extérieure à travers, notamment, des analyses coûts/bénéfices,*
- *un examen visant à déterminer s'il est plus économique que certaines tâches soient accomplies par les agences plutôt que par les services de la Commission eux-mêmes,*
- *une évaluation des bénéfices perdus, le cas échéant, en raison de l'exercice de certaines activités par des agences de régulation ponctuelles et non par les services de la Commission,*
- *l'adoption de mesures visant à renforcer la transparence des agences, notamment à travers un rapprochement de leurs caractéristiques structurelles fondamentales,*
- *la fixation de limites en ce qui concerne l'autonomie des agences et le contrôle exercé sur celles-ci, et notamment la nature et la portée des responsabilités de la Commission au regard de leurs activités respectives, en tenant compte naturellement du fait que la mesure dans laquelle la Commission est amenée à rendre compte ne saurait excéder celle dans laquelle elle peut influencer concrètement sur les activités des agences en tant que telles,*
- *la désignation de représentants dans les mécanismes du contrôle effectué par le Conseil et la Commission sur les agences et l'audition des candidats devant la commission parlementaire compétente,*
- *la désignation des organes exécutifs des agences, et notamment de leurs directeurs respectifs, et la définition du rôle du Parlement à cet égard,*

(478) Selon le Parlement, « le programme de travail du groupe interinstitutionnel devra, notamment, comporter les points suivants :

- *une énumération des domaines sur lesquels devra être centrée l'évaluation horizontale à laquelle la Commission doit procéder d'ici la fin de l'année 2009,*

- *la nécessité d'une approche type au sein des agences en ce qui concerne la présentation de leurs activités au cours de l'exercice financier concerné et de leurs comptes et rapports relatifs à la gestion budgétaire et financière,*
- *une obligation type pour les directeurs de toutes les agences d'établir et de signer une déclaration d'assurance, assortie si nécessaire de réserves,*
- *un modèle harmonisé applicable à toutes les agences et aux organes satellites établissant une distinction claire entre :*
- *un rapport annuel visant une diffusion générale relativement aux activités et aux réalisations de l'organisme,*
- *les états financiers et un rapport relatif à l'exécution du budget,*
- *un rapport d'activité reprenant le schéma des rapports d'activité des directions générales de la Commission,*
- *une déclaration d'assurance visée par le directeur de l'organisme, assortie de toute réserve ou observation qu'il jugerait opportun de porter à la connaissance de l'autorité de décharge,*
- *une définition des principes propres à déterminer si, et dans quelle mesure, les redevances ou les paiements devraient constituer une source de financement des agences,*
- *la réalisation d'un examen régulier des besoins en termes de création de nouvelles agences et l'établissement des critères permettant de décider si une agence a rempli sa mission et peut être dissoute. »*

RAPPORT DE SYNTHÈSE

PRA

JEAN-CLAUDE GAUTRON

PROFESSEUR ÉMÉRITE DE L'UNIVERSITÉ MONTESQUIEU – BORDEAUX IV

Les 3^e journées Guy Isaac consacrées aux Agences de l'Union européenne s'inscrivent dans la continuité thématique d'un programme de recherches pluriannuel mené avec succès par l'Institut de Recherche en droit européen, international et comparé de l'Université Toulouse I Capitole. Plusieurs éléments de cette thématique avaient fait l'objet d'un premier colloque en juin 2001 dont les actes ont été réunis et publiés par Jean-François Couzinet l'année suivante. Des questions fondamentales ont donc déjà été abordées, telles la notion d'Agences, leurs structures ou leur place au regard des compétences des Etats et de l'Union, leurs régimes financier et contentieux, leurs rôles en matière d'externalisation des tâches administratives et aussi leurs apports à la gouvernance européenne. Les actes du présent colloque constituent à bien des égards une actualisation de travaux permanents, rendue nécessaire par le développement du phénomène des Agences et son extension à des secteurs nouveaux. Ils signent l'expertise acquise et diffusée par les européenistes de Toulouse. C'est sans doute la raison pour laquelle il a été demandé à un juriste bordelais de présenter le rapport de synthèse.

Les Agences de l'Union européenne s'inscrivent dans un mouvement global – et non purement européen – qui opère dans le sens d'une émergence accrue des agences pour des raisons largement soulignées dans plusieurs communications (Gérard Marcou, Benoît Verrier, Eduardo Chiti...): les Agences favorisent l'identification de certains segments de l'administration; elles bénéficient d'une souplesse et d'une adaptabilité plus grandes que les administrations centrales et donc sont susceptibles d'une efficacité optimale; elles peuvent échapper le cas échéant au piège de la politisation. De manière consciente ou inconsciente, la terminologie utilisée, les « Agences », traduit une décentralisation par services – on parle également d'organismes de l'Union – lesquels ont

BRUYLANT

pris le relais des organismes communautaires décentralisés. La terminologie révèle aussi une influence, au moins sémantique, du modèle américain. Le colloque a d'ailleurs donné une place importante au droit comparé (I) avant de se recentrer sur le droit de l'Union européenne (II).

I. – LE DROIT COMPARÉ

Le droit européen entretient en effet avec le droit comparé des rapports étroits et toujours renouvelés pour ce qui concerne les droits des Etats membres. Il fonctionne à cet égard comme une pompe aspirante et refoulante. Il se nourrit constamment des apports des droits des Etats lors des processus de sa formation et, une fois formé, il les influence, les modifie ou les restructure en profondeur. L'appréhension des Etats membres est présente dans de nombreuses communications présentées ici, voire dans toutes, mais surtout dans les communications introductives, notamment celles de Gérard Marcou et de Benoît Verrier. Si l'accroissement vertigineux du nombre d'agences au Royaume Uni trouve sa source dans le célèbre rapport Fulton, il correspond surtout avec la réforme Thatcher à la recherche d'une structure administrative écartant les pesanteurs bureaucratiques, réelles ou supposées, des administrations classiques. Le phénomène a perduré qui peut d'ailleurs produire des effets pervers en laissant aux autorités responsables des agences une marge de manœuvre par trop étendue. En France, si la tradition administrative n'incite pas à recourir à des agences, l'évolution récente pousse à la création d'autorités administratives indépendantes, qui demeurent un élément composant l'Etat, ou d'agences détenant une part très accrue de responsabilité, notamment dans des domaines techniques (décentralisation par services). En droit allemand, il existe une réelle proximité entre l'agence et l'autorité de régulation. Une décision récente de la Cour de Justice en date du 9 mars 2010, *Commission c/ RFA*, oblige à maintenir la distinction entre l'agence, placée sous le contrôle de l'Etat, et l'autorité qui doit être indépendante.

A partir du moment où les institutions de l'Union européenne – ou ses organismes – atteignent un stade avancé de maturité, et parfois dès leur création, le recours au droit comparé extra-européen s'impose aussi clairement. Et d'abord le recours au droit américain. Sur le plan sémantique le terme « agence » doit beaucoup aux Etats Unis. Encore faut-il distinguer, ce qui n'est pas toujours aisé, les agences au sens large des autorités de régulation qui constituent par elles-mêmes un système

spécifique (G. Marcou, H. Delzangles). Au cœur de la distinction on trouve la séparation des pouvoirs en droit américain. En effet la création et le fonctionnement des agences relèvent du pouvoir exécutif et, en ce sens, toute autorité administrative peut être qualifiée « Agency » : il s'agit d'une institution administrative chargée d'une mission par l'exécutif. A la limite les agences participent à un démembrement des administrations centrales ou plus exactement procèdent à un étalement de leurs compétences sur des bases dites techniques ou spécialisées. C'est un modèle universel qui n'a pas manqué d'influencer de nombreux pays et notamment le Brésil, la Russie post-communiste, l'Allemagne et, bien sûr, l'Union européenne. Par contre, comme l'a très bien montré H. Delzangles⁽⁴⁷⁹⁾, les agences américaines de régulation reposent sur une délégation du pouvoir législatif, leurs fonctions n'ayant pas un caractère purement administratif. La régulation implique en effet outre un pouvoir de consultation et une certaine dose de pouvoir normatif la capacité d'arrêter des décisions individuelles, un pouvoir de contrôle, et un pouvoir de sanction. Les autorités de régulation sont donc créées par le Congrès ; ce sont les *Independent Regulatory Agencies*.

Dans le droit de l'Union européenne, la situation du Parlement européen est bien différente de celle du Congrès américain compte tenu de l'absence d'une séparation des pouvoirs sur le plan organique, elle-même conséquence de la structure pluri-étatique de l'Union. De ce fait en droit européen la distinction entre les Agences qui sont des autorités de régulation et celles qui n'en sont pas ne s'attache pas à la définition du pouvoir fondateur. Il en découle, comme nous le dirons plus loin, une incertitude quant aux typologies proposées pour les Agences européennes. Au contraire, le Parlement européen s'est impliqué constamment dans le processus d'« agencialisisation ». Plusieurs questions se posent en effet. En premier lieu, si la base juridique de l'acte de création d'une agence fut initialement l'article 308, pur produit d'une négociation et d'une décision intergouvernementale, le rôle de l'article 308 a cependant eu tendance à décliner au profit d'une base juridique normalisée, c'est-à-dire associant le Conseil et le Parlement selon la procédure de codécision. Ainsi il a été recouru à l'article 95 pour créer l'Autorité de sécurité des aliments, objet de la communication de Madame de Grove-Valdeyron, ou l'Agence chargée de la sécurité des réseaux et de

(479) Présentée une première fois lors de la Journée d'étude du 11 décembre 2009 organisée par la Faculté de droit de Lille, la communication d'Hubert DELZANGLES a été intégrée dans l'ouvrage collectif *La légistique dans le système de l'Union européenne: quelle nouvelle approche?* (sous la dir. de Fabienne PÉRALDI LENEUF, Professeur à l'Université de Lille-Nord de France), à paraître chez le même éditeur (1^{er} trimestre 2012).

l'information ou encore l'Agence européenne des produits chimiques. Le Parlement européen procède également à l'examen des rapports annuels et parfois à l'audition des directeurs (ou présidents). Il s'est prononcé en faveur du projet d'accord interinstitutionnel présenté par la Commission en 2005 (lire sur ce point la communication de Joël Molinier), et destiné à homogénéiser le statut des agences quant à leur organisation, leur fonctionnement et les divers contrôles qui pèsent sur elles. Le Parlement s'est interrogé aussi sur le bien-fondé de la création d'Agences et sur leur caractère éventuellement temporaire. Parfois la fin (finalité) devrait être la fin (terminaison), axiome qui se situe bien dans la ligne d'une administration de mission.

En droit comparé la différence essentielle entre les agences américaines de régulation et les Agences européennes est que les premières disposent de pouvoirs étendus : un pouvoir législatif délégué, un pouvoir exécutif, un pouvoir juridictionnel. Les Agences européennes disposent de pouvoirs plus restreints, comme l'a bien montré l'espoir placé en une forte régulation de l'énergie et des communications électroniques, espoir au total déçu. Le droit américain et le droit de l'Union européenne convergent bien en ce qui concerne les agences purement exécutives à savoir six agences européennes chargées de certaines tâches relatives à la gestion des programmes communautaires, organismes aujourd'hui régis par un règlement-cadre du 19 décembre 2002. En revanche, le droit comparé USA-UE conduit à écarter la qualification d'agences de régulation dès lors qu'elle est appliquée à toutes les autres. Ainsi le Centre de traduction des organes de l'Union, l'agence européenne pour l'environnement, le Centre européen de prévention et contrôle des maladies, la Fondation pour la formation etc... ne sont, me semble-t-il, en rien des organes régulateurs ni en termes de droit comparé, ni sur le plan conceptuel. Sauf à dénaturer et dévaloriser la notion de régulation. Les projets envisagés dans les domaines de l'énergie et des communications électroniques visaient à instaurer une véritable régulation mais les résultats ne sont pas, surtout en matière d'énergie, à la hauteur des ambitions. Le droit comparé, grâce à la science de Gérard Marcou, nous a conduits des rives de la Garonne jusqu'aux terres lointaines de la Nouvelle Zélande...

II. – QUELLES AGENCES POUR L'UNION EUROPÉENNE ?

L'expérience des dix dernières années enseigne que si les Agences ont connu une dynamique constante, quantitativement et qualitativement,

elles reproduisent des tensions institutionnelles propres au système général de l'Union européenne que les chercheurs toulousains avaient déjà mis en évidence lors des premières journées Guy Isaac. Une question, selon votre rapporteur, demeure encore floue ou mal résolue : la typologie des Agences européennes apparaît toujours incertaine à la date actuelle et cette incertitude a probablement pesé sur les difficultés d'élaborer un statut-cadre commun à l'ensemble des Agences (Joël Molinier).

Le caractère dynamique des Agences contraste avec le peu de reconnaissance qu'opèrent à cet égard les traités constitutifs. Jean-François Couzinet a rappelé que le projet de Constitution comportait une référence explicite à l'Agence européenne de défense, créée initialement dans le cadre de la Politique étrangère et de sécurité commune, de même qu'Europol et Eurojust l'ont été dans le cadre du 3^e pilier.

L'Agence européenne de défense fut mise en place en 2004 et, compte tenu de ses fonctions, elle doit être clairement dissociée des Agences de type classique. Europol et Eurojust doivent l'être également et leur place spécifique dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice fait que les deux organismes ont été saisis par le droit originaire (notamment art. 85 et 88 TFUE). En ce qui concerne les Agences de type classique, il n'est pas surprenant que les traités soient muets à leur sujet puisqu'elles relèvent *a priori* de l'ordre administratif.

Les Agences ont vu leur nombre s'accroître singulièrement. Au cours des dix ans écoulés, l'augmentation varie d'un doublement à un triplement selon la typologie retenue. Cette extension va de pair avec la participation d'Etats tiers par exemple dans l'Agence Frontex (communication d'Hélène Jorry), participation naturelle au regard de l'objet de l'Agence (les frontières extérieures de l'Union), ou dans l'Agence des droits fondamentaux de l'Union, laquelle associe des Etats candidats, des Etats proches et le Conseil de l'Europe. Et surtout on observe un élargissement du domaine matériel de l'activité des Agences par un phénomène de dynamique sectorielle. Le professeur Blanquet a examiné de manière approfondie le domaine de la sécurité vers lequel convergent désormais les activités de neuf agences. Il affirme le caractère fonctionnaliste des agences de sécurité : *ab initio* elles sont corrélées au marché intérieur, lequel doit survivre au-delà de son achèvement, et par un effet de *spill-over* propre à l'Union européenne, elles participent de la nouvelle gouvernance de l'Union.

Dynamique par leurs finalités également, plusieurs agences sont passées de l'expertise préalable à la gestion des politiques communautaires. D'autres de l'information à l'expertise (ou assistance) jusqu'à l'exercice de pouvoirs décisionnels dans le cas de décisions indivi-

duelles. Ainsi l'Agence européenne pour la sécurité aérienne cumule-t-elle trois missions :

- une mission d'assistance et d'inspection
- le rôle de donneur d'avis à la Commission (expertise)
- la délivrance des certificats de navigabilité à des compagnies de transport aérien (décisions individuelles).

La dynamique des Agences s'étale également sur le plan organisationnel, voire institutionnel. Dans l'ensemble, elles tendent à élargir leurs activités de gestion et réclament donc des moyens correspondants. Cette dialectique de l'administration de mission et de l'administration de gestion est constante dans l'ordre du droit administratif comparé. Ainsi dès lors qu'elles prennent des décisions, les Agences disposent de chambres de recours que le Parlement aurait voulu généraliser à l'ensemble des Agences. Les décisions de ces chambres sont attaquables pour ce qu'elles sont, soit comme des actes unilatéraux et non comme des jugements. Toutefois, la tendance est confirmée que les chambres actuelles de l'OHMI (communication de Catherine Grynfogel) préfigurent vraisemblablement une juridiction spécialisée qui aurait vocation à devenir partie intégrante du système juridictionnel communautaire. Il pourrait en être de même pour l'Office communautaire des variétés végétales. Il est intéressant d'observer que ces deux Agences font partie de celles, peu nombreuses, qui maîtrisent des ressources autofinancées. C'est dire que l'approche monographique conserve son intérêt scientifique d'une part, que la typologie des Agences s'avère nécessairement aléatoire d'autre part.

Les Agences, notamment dans la phase d'expansion qui les caractérise depuis les années quatre-vingt-dix, traduisent et répercutent des tensions inhérentes au système général de l'Union. Il n'est pas surprenant que la décentralisation par services, come la décentralisation territoriale dans de nombreux Etats par ailleurs, reproduise les caractères dominants des systèmes centraux. C'est l'idée de sous-système dépendant qui émerge dès lors. Eric Paradis dans son appréciation d'ensemble sur les Agences « et organismes divers » en 2010 éclaire très concrètement la dynamique organisationnelle des Agences en faisant observer que plusieurs d'entre elles s'orientent vers des systèmes inspirés de la Commission, en quelque sorte des micro-commissions. Cette reproduction à l'identique avait été remarquée en France quant au processus de décentralisation territoriale : nombre d'agents publics, subdivision des directions et des services, poids des cabinets, alourdissement des tâches de gestion. La tendance observable ici illustre la thèse centrale de Michel Crozier sur le pouvoir bureaucratique.

La tension majeure est récurrente puisque elle est au cœur de l'Union européenne, en tout cas de son système juridique. Dans l'ordre des compétences, les Agences peuvent soit tendre vers le dessaisissement des Etats (Marc Blanquet, à propos des Agences en matière de sécurité), soit tenter de circonscrire les compétences de l'Union telles qu'elles sont exercées par les institutions et notamment par la Commission.

La première tendance est bien illustrée par l'Agence européenne pour la sécurité aérienne qui, pour des raisons techniques et spatiales peu contournables, vise à un transfert des compétences traditionnelles dévolues aux Etats vers le niveau européen, le transport aérien constituant par nature un accélérateur d'intégration. Il en a été ainsi mais à partir de bases bien différentes pour l'Autorité européenne de sécurité des aliments après la crise de la « vache folle ». Si la tension majeure, Etats *versus* Union, affleure à propos de la composition des conseils d'administration, étant donné le rôle d'expertise joué par les Agences les consultations d'experts sont au centre de la controverse (Marc Blanquet) et, dans plusieurs hypothèses, les relations entre la Commission et les Etats se sont tendues en cas d'expertises différentes et ont provoqué certains dysfonctionnements. Exemple : les approches divergentes des O.G.M.

La deuxième tendance, la réappropriation par les Etats, est présente également : par les Agences les Etats s'efforcent dans certains cas de maintenir ou récupérer des compétences sur les institutions. Gérard Marcou note cette tendance réactive des Etats tout en faisant observer que la structuration en Agences, à l'instar des groupes de travail de la Commission, est à l'origine de réseaux qui recoupent à la fois les compétences de l'Union et celles des Etats, l'administration européenne et les administrations nationales. D'où le concept doctrinal de co-administration.

Des tensions secondaires sont évidemment perceptibles en ce qui concerne les pouvoirs des institutions. Plusieurs cas de figure peuvent être observés :

- Commission *versus* Conseil avec par exemple les débats sur la composition des conseils d'administration ;
- Parlement *versus* Conseil, notamment à travers le choix de la base juridique des actes de création des Agences ;
- Conseil et parfois Commission *versus* Parlement européen : cette opposition est largement à l'origine de l'échec du projet d'accord institutionnel que souhaitait le Parlement et qu'a refusé le Conseil ;

- Commission *versus* Parlement, un cas de figure qui n'a plus aujourd'hui un caractère exceptionnel.

Quelle typologie des Agences ?

Les intervenants au colloque de Toulouse ont présenté plusieurs typologies fondées sur des critères multiples. Selon Eduardo Chiti l'évolution récente fait émerger une classification duale, chaque type comportant des sous-catégories. Le modèle qualifié « consolidé » se veut essentiellement au service de la Commission. Les Agences de ce premier type ont une fonction informative et (ou) une fonction de consultation et d'assistance vis-à-vis des institutions européennes et nationales. Les plus avancées parmi elles disposent de pouvoirs décisionnels et, de ce fait, d'un système contentieux interne un peu plus perfectionné. Dans tous les cas elles s'inscrivent dans des réseaux composés par l'administration européenne et les administrations nationales. Les contrôles effectués par les institutions sont plus poussés pour les Agences dotées d'un pouvoir décisionnel que pour celles qui n'en sont pourvues (information, consultation, assistance technique). Le second type s'est développé plus récemment et s'oriente quelquefois plus ouvertement vers la pratique d'une régulation européenne : ce sont des Agences qui disposent d'une autonomie plus forte mais associées à un rôle accru des régulateurs nationaux. Exemple : l'Agence de coopération en matière de communications électroniques. Il s'agit d'une forme nouvelle d'intégration, le régulateur européen, toujours dans la limite de la jurisprudence *Meroni*. Les régulateurs nationaux sont dès lors susceptibles d'accroître par leurs concours mutuels leur degré d'autonomie. C'est l'idée d'autorités indépendantes qui migreraient du niveau national vers le niveau européen. Toutefois la jurisprudence *Meroni* reste une limite ferme et la distinction entre les questions techniques, qui sont déléguées, et les questions politiques qui ne le sont pas laissent place à diverses subjectivités.

Joël Molinier rappelle la distinction entre les agences « exécutives » qui assurent la gestion des programmes communautaires (six Agences) et les agences de « régulation ». il apparaît toutefois que toutes les agences autres qu'exécutives n'opèrent pas par la voie de régulation mais le plus souvent par la voie de la coopération en matière d'informations, d'expertises ou d'assistance technique. En tout état de cause, il faut admettre que le concept de régulation peut être entendu au sens strict (cinq ou six Agences sans doute) ou au sens large. Le Parlement européen a pris acte de l'utilisation extensive du terme « régulation ».

Les typologies proposées par la Commission ont également évolué dans le temps (communication de Joël Molinier) ; elles sont devenues de

plus en plus analytiques mais leur succession rapide traduit des hésitations et l'extrême difficulté de tout essai de typologie. Eric Paradis préfère opposer aux agences exécutives une catégorie large regroupant à la fois les agences de régulation et les agences décentralisées, soit 28 agences à la date actuelle.

Quant au statut – ou au cadre – commun aux Agences de l'Union, un double constat a été dévoilé par Joël Molinier. En premier lieu, en supposant que l'accord interinstitutionnel voit enfin le jour – et l'on peut en douter – il n'aurait pas de caractère rétroactif et ne s'appliquerait donc pas aux Agences existantes à l'issue d'une vingtaine d'années pendant lesquelles elles ont proliféré. En second lieu, les autorités politiques dans une phase de *self-restraint* institutionnel et budgétaire semblent décidées à ne plus créer de nouvelles Agences ne serait-ce que pour écarter les pressions de tel ou tel Etat, soucieux de disposer de « son » Agence. C'est dire que l'expertise de nos collègues toulousains est bien venue à son heure.

Les travaux de l'école de Toulouse ont pleinement accompagné un processus à la fois complexe et évolutif. Les 3^e journées Guy Isaac témoignent de leur succès. S'il reste une question à élucider, elle relève de la sémantique et de la théorie du droit : qu'est-ce exactement la « régulation » ? Si beaucoup de travaux ont déjà été consacrés à la question, la notion de régulation en droit européen reste une question ouverte. L'usage généralisé du mot ne doit pas interrompre la recherche approfondie de sa signification. Il y va des progrès de notre discipline.

ANNEXE

LES AGENCES DE L'UNION EUROPEENNE ET ORGANISMES ASSIMILES EN 2011

Agence communautaire de contrôle des pêches (CFCA)
Agence d'approvisionnement EURATOM (ESA)
Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER)
Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA)
Agence du GNSS (système global de navigation par satellites) européen (GSA)
Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information (ENISA)
Agence européenne de défense (EDA)
Agence européenne de la sécurité aérienne (EASA)
Agence européenne des médicaments (EMA)
Agence européenne des produits chimiques (ECHA)
Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (FRONTEX)
Agence européenne pour la sécurité et la santé au travail (EU-OSHA)
Agence européenne pour la sécurité maritime (EMSA)
Agence européenne pour l'environnement (EEA)
Agence ferroviaire européenne (ERA)
Agence pour la gestion opérationnelle des systèmes d'information à grande échelle dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice (en cours de création)
Autorité bancaire européenne (ABE)
Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA)
Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP)
Autorité européenne des marchés financiers (AEMF)
Bureau européen d'appui en matière d'asile (EASO)
Centre de traduction des organes de l'Union européenne (CdT)
Centre européen pour la prévention et le contrôle des maladies (ECDC)
Centre européen pour le développement de la formation professionnelle (CEDEFOP)
Centre satellitaire de l'Union européenne (EUSC)
Collège européen de police (CEPOL)
Entreprise commune européenne pour ITER et le développement de l'énergie de fusion
Entreprises communes « Initiatives technologiques conjointes » : Aéronautique, transport aérien et environnement; Hydrogène et piles à combustible; Médicaments innovants; Systèmes informatiques embarqués; Technologies nanoélectroniques
Fondation européenne pour la formation (ETF)

BRUYLANT

Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (EURO-FOUND)

Institut d'études de sécurité de l'Union européenne (ISS)

Institut européen d'innovation et de technologie (EIT)

Institut européen pour l'égalité des genres (EIGE)

Observatoire européen des drogues et des toxicomanies (EMCDDA)

Office communautaire des variétés végétales (OCVV)

Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles) (OHMI)

Office européen de police (EUROPOL)

Unité de coopération judiciaire de l'Union européenne (EUROJUST)

Agence exécutive « Education, audiovisuel et culture » (EACEA)

Agence exécutive du Conseil européen de la recherche (CER)

Agence exécutive du réseau transeuropéen de transport (TEN-T EA)

Agence exécutive pour la compétitivité et l'innovation (EACI)

Agence exécutive pour la recherche (REA)

Agence exécutive pour la santé et les consommateurs (AESC)