

Les agences de l'union européenne: Origines, état des lieux et défis

Citation for published version (APA):

Chamon, M. (2015). Les agences de l'union européenne: Origines, état des lieux et défis. *Cahiers de Droit Européen*, 51(1), 293-318.

Document status and date:

Published: 01/01/2015

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

LES AGENCES DE L'UNION EUROPÉENNE : ORIGINES, ÉTAT DES LIEUX ET DÉFIS

PAR

Merijn CHAMON*

*La présente contribution se penche sur le phénomène des agences décentralisées de l'UE. Elle propose, dans un premier temps, une définition univoque permettant l'identification facile de ces organismes parmi les nombreux organismes de l'UE. Dans un second temps, elle retrace les origines des agences, révélant que l'agencification au sein de l'UE est poussée par une logique propre à l'UE. Par l'agencification, les États membres ont réussi à échapper à la dichotomie entre administration directe et indirecte. L'agencification permet un renforcement de la capacité administrative de l'UE sans agrandir directement la Commission. À cet égard, dans l'affaire *vente à découvert*, la Cour a confirmé que le législateur dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu lorsqu'il décide d'habiliter (ou non) une agence décentralisée. Cette affaire a tranché quelques questions fondamentales relatives à l'agencification, mais elle a aussi mis en évidence les défis que pose ce phénomène et la nécessité d'enraciner les agences dans le droit constitutionnel de l'UE, qui ne prévoit toujours pas la faculté pour le législateur d'établir et d'habiliter ces organismes.*

Introduction

Après une vingtaine d'années d'agencification au sein de l'UE, les organismes qualifiés d'«agences décentralisées» par les institutions de l'UE sont, d'un point de vue pratique, devenus indispensables pour le développement et l'application du droit européen. Récemment, cette évolution a été complétée par la Cour de justice dans l'affaire *vente à découvert*, qui a confirmé que les agences pouvaient se voir attribuer des pouvoirs normatifs. Par conséquent, il semble opportun de revenir sur quelques questions fondamentales : d'où vient cette idée d'une agence décentralisée européenne ? Comment les agences doivent-elles être appréciées dans l'architecture institutionnelle de l'UE ? Quels sont les défis que posent les agences et qui sont posés aux agences ?

(*) Docteur en droit. Assistant Académique au Ghent European Law Institute, Université de Gand (Centre d'excellence Jean Monnet). L'auteur remercie M^{me} C. Cassan pour sa relecture linguistique d'une version antérieure de ce texte. Les éventuelles erreurs ou omissions sont bien sûr exclusivement celles de l'auteur.

BRUYLANT



I. — Définir l'agence et l'agencification

Il va de soi qu'une contribution dédiée aux agences européennes et au phénomène d'agencification nécessite une définition propre de ces deux notions. Étant donné que la portée de la notion d'agencification découle de celle de la notion d'agence, il semble opportun de commencer par délimiter les organismes que l'on peut qualifier d'agence décentralisée (2). Il est important de souligner qu'il n'existe pas de définition officielle. Quoique les trois institutions européennes aient adopté une approche commune sur les agences (3), elles n'ont pas réussi à trouver un accord sur une définition.

Aux fins de la présente contribution, les agences sont alors définies comme des organismes permanents de droit public de l'UE, établis par les institutions par un acte de droit dérivé, qui disposent de leur propre personnalité juridique (4). Cette définition permet une nette identification de toutes les agences, sans avoir à s'appuyer sur des éléments difficilement opérationnels, comme par exemple l'idée, souvent émise, selon laquelle les agences sont indépendantes ou autonomes ou semi-indépendantes ou -autonomes. Même si de telles qualifications peuvent être correctes, il est parfois presque impossible de faire la distinction entre un organisme non autonome et un organisme semi-autonome. Au contraire, les éléments retenus dans la définition proposée ici sont tous des éléments prenant des valeurs binaires, facilitant une identification nette et rapide (5).

Ayant défini les agences, il est possible de clarifier la notion d'agencification. Il est possible de faire une distinction entre l'agencification quantitative et l'agencification qualitative. Par la première, nous entendrons non seulement la croissance du nombre d'agences qui ont été établies, mais aussi la croissance de la partie du budget européen réservée aux agences et le nombre croissant de fonctionnaires employés par celles-ci. L'agencification

(2) En ce qui concerne le choix des institutions pour l'adjectif «décentralisée», voy. *infra*.

(3) Pour le texte de l'approche commune voy. http://europa.eu/agencies/documents/joint_statement_and_common_approach_2012_fr.pdf.

(4) Voy. M. CHAMON, «Le recours à la soft law comme moyen d'éviter les obstacles constitutionnels au développement des agences de l'UE», *RUE*, 2014, 576, pp. 152-160 (153-154).

(5) Par exemple, à cause de l'élément se référant au caractère permanent des agences européennes, les agences exécutives sont exclues de la définition et ne sont pas visées par cette contribution.



qualitative se réfère aux attributions, de plus en plus significatives, de tâches ou compétences aux agences (6).

II. — L'apparition des agences au sein de l'UE et les différentes typologies des agences

Au total, il est possible de distinguer quatre vagues d'agencification au niveau européen. La première était celle des années 1970, qui a vu l'établissement des toutes premières agences : le Fonds européen de coopération monétaire (le prédécesseur de la Banque centrale européenne) (7), 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 (Eurofound). La deuxième vague s'est produite dans les années 1990 et était (entre autres) porteuse de l'Agence européenne pour l'environnement (EEA), l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHIM) et le Centre de traduction des organes de l'Union européenne (CdT). Les agences qui ont été établies au début du 21^e siècle forment la troisième vague dont font partie notamment l'Autorité européenne de sécurité des aliments (EFSA), l'Agence européenne de la sécurité aérienne (EASA), l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures (Frontex) et le Collège européen de police (Cepol). Finalement, la quatrième vague se déroule actuellement depuis l'année 2009 et a vu l'établissement par exemple de l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER), l'Office européen de police (Europol) (8) ou bien encore les autorités européennes de surveillance (AES) (9).

Quoique cette approche historique permette de construire une classification temporelle, un tel classement n'est guère opérant pour comprendre le processus d'agencification. Certes, cette classification montre que les vagues se sont succédées toujours plus vite. Mais il est plus important de souligner que, généralement, les agences d'une génération postérieure sont

(6) Voy. aussi Bach et Jann qui font une distinction entre l'agencification structurelle et l'agencification procédurale. T. BACH et W. JANN, «Des animaux dans un zoo administratif: le changement organisationnel et l'autonomie des agences en Allemagne», *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2010, 76, pp. 469-494 (470-471).

(7) Pour un commentaire de cette agence, voy. J.-V. LOUIS, «Le Fonds européen de Coopération monétaire», ces *Cahiers*, 1973, 9, pp. 255-297.

(8) Europol n'est devenu une agence de l'UE qu'en 2009. À l'origine l'agence était une organisation internationale établie par la convention «Europol» de 1995.

(9) Pour une liste complète des agences européennes, voy. http://europa.eu/about-eu/agencies/index_fr.htm.



plus puissantes que les agences plus anciennes. Ces éléments ont ainsi mené Griller et Orator à estimer qu'il est surtout important de vérifier les pouvoirs conférés aux agences, *i.e.* de classer les agences selon une approche instrumentale, plutôt que de dresser des classifications temporelles, fonctionnelles ou structurelles (10). Le désir de remettre un peu d'ordre dans le « chaos » d'agencification a séduit beaucoup d'auteurs qui ont élaboré leurs propres classifications. Toutefois, même si ces auteurs partent de prémisses presque identiques, il est remarquable qu'une agence donnée soit classée d'une manière complètement différente selon l'auteur responsable pour la classification (11). Prenons, par exemple, la classification instrumentale de Griller et Orator, qui fait une distinction entre les agences ordinaires, les agences pré-décisionnelles et les agences décisionnelles. Là où précédemment il était facile de qualifier une agence (de la deuxième vague) tel l'OHIM d'agence décisionnelle, la classification est devenue beaucoup plus ardue actuellement. Où faut-il classer l'EASA, compte tenu du mandat diversifié de cette agence ? On serait tenté d'également la qualifier d'agence décisionnelle dès lors qu'elle est compétente pour certifier des produits et organismes aéronautiques (12). Cependant, une grande partie du travail de l'agence consiste à adopter de la *soft law* et à assister la Commission dans l'élaboration du cadre réglementaire. Ne serait-il alors pas plus approprié de la qualifier d'agence pré-décisionnelle ? Les difficultés rencontrées à chaque

(10) S. GRILLER et A. ORATOR, «Everything under control? The “way forward” for European agencies in the footsteps of the Meroni doctrine», *European Law Review*, 2010, 35, pp. 3-35 (9-15).

(11) Par exemple, Chiti a classé l'EASA en tant qu'agence d'assistance tout comme le CdT tandis que Busuioc l'a classée en tant qu'agence quasi réglementaire. L'EFSA a été classée comme agence d'information (par Van Ooik), comme agence d'observation (par Geradin et Petit), comme agence quasi réglementaire (par Busuioc) et comme agence réglementaire (par Vos). Voy. E. CHITI, «An important part of the EU's institutional machinery: Features, problems and perspectives of European agencies», *CMLRev.*, 2009, 46, pp. 1395-1442 (1403-1404). M. BUSUIOC, *The accountability of European agencies: legal provisions and ongoing practices*, Eburon, Delft 2010, pp. 26-27; R. VAN OOIK, «The growing importance of agencies in the EU: shifting governance and the institutional balance», in D.M. CURTIN et R.A. WESSEL (dir.), *Good governance and the European Union: reflections on concepts, institutions and substance*, Intersentia, Antwerpen, 2005, pp. 125-152 (139-145); D. GERADIN et N. PETIT, «The Development of Agencies at EU and National Levels: Conceptual Analysis and Proposals for Reform», *Yearbook of European law*, 2005, 23, pp. 137-197 (177-180); E. VOS, «Agencies and the European Union», in ZWART et VERHEY (dir.), *Agencies in European and comparative perspective*, Intersentia, Antwerpen, 2003, pp. 113-147 (119-121).

(12) V. CORREIA, «La Coopération de l'Agence européenne de la Sécurité aérienne des États membres et des industriels au sein du Système européen de la Sécurité aérienne», ces *Cahiers*, 2010, 46, pp. 587-644 (590-592).



tentative de classification des agences conduisent à s'interroger sur la valeur ajoutée de l'exercice et à envisager une classification des tâches que l'on peut conférer aux agences et non des agences elles-mêmes. Un tel exercice permettrait plus de précision puisque selon les cas, l'EASA interviendra en tant qu'agence ordinaire, agence pré-décisionnelle ou agence décisionnelle.

III. — Les précurseurs des agences européennes

La classification temporelle montre que l'UE s'appuie de plus en plus sur l'agence comme nouvel instrument de gouvernance (13). Mais comment peut-on qualifier, et quel est le moteur de ce phénomène d'agencification au sein de l'UE ? Force est de constater que les agences sont le produit d'une évolution dans l'organisation des pouvoirs dans l'Union. Les agences appartiennent à une européanisation graduelle des compétences administratives dans l'ordre juridique européen (englobant tant le niveau européen que le niveau national). Normalement, la décision du législateur européen d'établir une agence est précédée d'autres initiatives plus modestes. Il est impossible dans le cadre de cette étude de s'appesantir sur la généalogie de toutes les agences, mais quelques exemples peuvent néanmoins éclaircir les origines typiques des agences européennes.

L'EEA a été établi en 1990 pour réunir, de façon indépendante, des informations sur l'environnement. Cependant, même avant l'entrée en vigueur de l'Acte unique européen, il y avait des initiatives au niveau européen pour assurer la comparabilité des informations collectées par les États membres. Dans ce but, le programme (temporaire) « Corine » a été lancé en 1985 sous l'autorité de la Commission (14). Dès lors que l'EEA avait été créée afin d'avoir une capacité permanente au niveau de l'UE pour poursuivre les travaux entrepris par la Commission dans le programme Corine, ce dernier fut abrogé quand l'EEA démarra ses activités (15).

(13) C. STEPHANOU, « La nouvelle gouvernance européenne : bilan et perspectives », ces *Cahiers*, 2006, 42, pp. 581-627 (619-621).

(14) Décision 85/338/CEE du Conseil du 27 juin 1985 relative à l'adoption du programme de travail de la Commission concernant un projet expérimental pour la collecte, la coordination et la mise en cohérence de l'information sur l'état de l'environnement et des ressources naturelles dans la Communauté, *J.O.*, 1985, L 176/14.

(15) Décision 90/15/CEE du Conseil du 22 mars 1990 modifiant la décision 85/338/CEE, *J.O.*, 1990, L 81/38.



Les origines de Frontex peuvent être retracées depuis un groupe de travail du Conseil relevant de l'article 74 TFUE (16). Cette disposition prévoit que le Conseil peut arrêter des mesures afin d'assurer la coopération administrative entre les services des États membres dans le domaine de l'espace de liberté, sécurité et justice. Après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, le Conseil avait établi le Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile (CSIFA) (17). Pour les questions relatives au contrôle aux frontières et la coopération et la coordination des opérations frontalières, le groupe CSIFA avait été élargi aux responsables des autorités frontalières nationales, ce qui a donné lieu au CSIFA+. Dans son *Plan pour la gestion des frontières extérieures des États membres de l'Union européenne* de 2002, le Conseil observait encore l'établissement d'une *Instance commune de praticiens des frontières extérieures* pour assurer une meilleure coopération entre les autorités frontalières (18), mais la Commission avait une opinion différente et estimait que le CSIFA+ ne pourrait jouer un rôle que pour la gestion stratégique de la coopération frontalière. En revanche, la gestion quotidienne et opérationnelle nécessitait, selon la Commission, une instance opérationnelle permanente (19). Pour dépasser les limites inhérentes à un groupe de travail du Conseil, la Commission proposa alors d'établir une nouvelle agence, Frontex (20).

L'établissement de l'ACER faisait partie du troisième paquet énergie. L'agence a remplacé le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz (ERGEG) comme plate-forme pour la coopération et coordination entre les régulateurs nationaux (21). L'ERGEG avait été créé par la Commission dans le cadre du deuxième paquet énergie pour

(16) Sur l'agence Frontex, voy. aussi H. JORRY, «Une agence originale de l'Union: L'agence Frontex», in J. MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 169-187.

(17) Voy. Conseil de l'UE, «Compétences des instances du Conseil dans le domaine de la justice et des affaires intérieures après l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam», Document n° 6166/2/99, p. 3.

(18) Voy. Conseil de l'UE, Document n° 10019/02, pp. 12-3.

(19) Voy. Commission européenne, Communication sur le développement d'une politique commune en matière d'immigration clandestine, de trafic illicite et de traite des êtres humains, de frontières extérieures et de retour des personnes en séjour irrégulier, COM (2003) 323 final, pp. 7-8.

(20) Après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, les tâches d'un autre organisme du Conseil ont aussi été transférées à Frontex. Voy. Council of the European Union, New JHA working structures: Abolition of CIREFI and transfer of its activities to FRONTEX and the Working Party on Frontiers, Document n° 6504/10.

(21) Décision (UE) 2011/280 de la Commission abrogeant la décision 2003/796/CE instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, *J.O.*, 2011, L 129/14.

formaliser la coopération déjà existante entre les régulateurs dans le Forum européen de régulation de l'électricité (Forum de Florence) et le Forum européen de régulation du gaz (Forum de Madrid) (22). À leur tour, ces deux forums avaient été institués par la Direction Générale Énergie de la Commission pour assister la mise en œuvre du premier paquet énergie (23). En établissant l'ERGEG, la Commission récupérait aussi le Conseil des régulateurs européens de l'énergie (CEER), une initiative ascendante des régulateurs nationaux eux-mêmes (24). Aujourd'hui, le CEER et l'ACER coopèrent étroitement.

Enfin, les autorités européennes de surveillance (AES) trouvent leur origine dans les comités de niveau 3 du processus Lamfalussy. Ce processus, dénommé d'après Alexandre Lamfalussy, le président du Comité des Sages institué par le Conseil de l'UE pour faire des recommandations pour réguler le secteur de la finance (25), consiste en quatre niveaux. Au premier niveau, la législation formelle est adoptée; au deuxième, la législation est concrétisée par la voie de la comitologie; au troisième niveau, on retrouve la coopération entre les régulateurs nationaux et finalement la Commission exerce ses pouvoirs de contrôle au quatrième niveau (26). Pour assurer une coordination satisfaisante au troisième niveau, la Commission avait établi trois comités, à savoir le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, le comité européen des contrôleurs bancaires et le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles (27). De nouveau ici, le premier de ces comités était une structure formalisée du *Forum of European Securities Commissions*, une initiative

(22) Décision (CE) 2003/796 de la Commission instituant le groupe des régulateurs européens dans le domaine de l'électricité et du gaz, *J.O.*, 2003, L 296/34.

(23) M. ZINZANI, *Market Integration Through 'Network Governance': The Role of European Agencies and Networks of Regulators*, Intersentia, Antwerp, 2012, p. 107.

(24) *Ibid.*, pp. 114-7.

(25) Voy. Rapport final du comité des sages sur la régulation des marchés européens des valeurs mobilières, http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/lamfalussy/wisemen/final-report-wise-men_fr.pdf.

(26) Voy. E. POSNER, «The Lamfalussy Process: Polyarchic Origins of Networked Financial Rule-Making in the EU», in SABEL et ZEITLIN (dir.), *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 43-60 (47).

(27) Voy. Décision (CE) 2001/527 de la Commission instituant le comité européen des régulateurs des marchés de valeurs mobilières, *J.O.*, 2001, L 191/43; Décision (CE) 2004/5 de la Commission instituant le comité européen des contrôleurs bancaires, *J.O.*, 2004, L 3/28; Décision (CE) 2004/6 de la Commission instituant le comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles, *J.O.*, 2004, L 3/30.



ascendante des superviseurs nationaux (28). La crise financière de 2008 a montré la nécessité d'une coopération et d'une coordination encore plus étroites entre ces superviseurs, ce qui a eu pour conséquence la création des AES. Par cette transformation le législateur a opté pour une solution qui avait déjà été proposée lors de la création des comités (29).

IV. — Les motifs qui poussent l'agencification au sein de l'UE

Les quatre exemples cités permettent de mieux apprécier les développements apportés par les institutions et la doctrine, expliquant la création des agences au sein de l'UE. Selon cette dernière, les agences aideraient la Commission à se concentrer sur ses tâches essentielles (30), elles aideraient à gérer les asymétries d'information (31), à isoler des décisions de la politique partisane (32), à renforcer l'engagement crédible (33), à permettre aux pays tiers ou aux partenaires sociaux de coopérer avec l'UE (34), elles

(28) Sur ce sujet et sur la transformation d'un des comités en une agence, voy. P.-H. CONAC et V. CAILLAT, «De CESR à l'ESMA: le Rubicon est franchi», *Bulletin Joly Bourse*, 2010, pp. 500-510.

(29) Voy. B. VACCARI, «Le processus Lamfalussy: une réussite pour la comitologie et un exemple de "bonne gouvernance européenne"», *RDUE*, 2005, pp. 803-821 (807).

(30) M. WITTINGER, «Europäische Satelliten: Anmerkungen zum Europäischen Agentur(un)wesen und zur Vereinbarkeit Europäischer Agenturen mit dem Gemeinschaftsrecht», *Europarecht*, 2008, 42, pp. 609-628 (618); I. MULLER-QUOY, «L'apparition et le développement des Agences de l'Union européenne», in COUZINET (dir.), *Les Agences de l'Union européenne: Recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, PUSST, Toulouse, 2002, pp. 13-30 (17); M. GROENLEER, «The European Commission and Agencies», in SPENCE (dir.), *The European Commission*, John Harper, London, 2006, pp. 156-172 (163); L. GRARD, «Le Contrôle des Actes des Agences de Régulation: Analyse Comparée», in PERALDI, LENEUF et NORMAND (dir.), *La légistique dans le système de l'Union européenne: quelle nouvelle approche*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 137-159 (138); M. BERGER, *Vertraglich nicht vorgesehene Einrichtungen des Gemeinschaftsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit*, Nomos, Baden-Baden, 1999, pp. 89-90; R. VAN OOIK et T. EIJSBOUTS, «De wonderbaarlijke vermenigvuldiging van Europese agentschappen. Verklaring, analyse, perspectief», *Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2006, pp. 102-111 (103).

(31) D. GERADIN et N. PETIT, *op. cit.*, *Yearbook of European law*, 2005, 23, (170); M. ZINZANI, *Market Integration Through 'Network Governance'*, 2012, *op. cit.*, (34).

(32) R. UERPMANN, «Mittelbare Gemeinschaftsverwaltung durch gemeinschaftsgeschaffene juristische Personen des öffentlichen Rechts», *Archiv des öffentlichen Rechts*, 2000, 125, pp. 551-586 (562).

(33) G. MAJONE, «The Credibility Crisis of Community Regulation», *Journal of Common Market Studies*, 2000, 38, pp. 273-302 (289).

(34) I. MULLER-QUOY, *op. cit.*, (17).



équiperait l'UE d'une expertise scientifique propre (35) et elles pourraient «porter le chapeau» pour des décisions impopulaires (36). Beaucoup de ces raisons fonctionnelles sont applicables tant aux agences qu'aux précurseurs des agences ou même à la Commission (37). Il en résulte que la logique fonctionnelle à elle seule ne fournit pas une explication satisfaisante du phénomène des agences européennes (38). Comme déjà suggéré et illustré précédemment, l'agencification doit aussi être comprise comme une forme d'intégration administrative, même si l'on ne peut pas nier non plus que l'agencification quantitative soit aussi poussée par le fait que chaque État membre semble revendiquer sa propre agence européenne (39). Quand le législateur européen décide d'établir une agence, il décide aussi de faire avancer cette intégration et ce, d'une manière plus étroite que ce qui était permis par les précurseurs des agences. Une agence européenne fournit à l'UE une structure permanente avec des services permanents, dotée de sa propre personnalité juridique. Toutefois, il faut encore ajouter que l'intégration administrative par la voie de l'agencification est une forme d'intégration juridiquement atypique. Comme expliqué par la suite, les agences européennes ne sont pas prévues par le droit primaire de l'Union. Néanmoins, les Traités proposent d'autres formes d'intégration administrative.

Un des principes fondamentaux de l'ordre juridique européen est la règle de l'administration indirecte: il incombe aux administrations nationales d'exécuter la législation européenne. Le traité de Lisbonne a même mis

(35) J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, «EU Regulatory Agencies: What Future do They Have?», in BULTERMAN, HANCHER, McDONNELL et SEVENSTER (dir.), *Views of European Law from the Mountain*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2009, pp. 355-366 (355).

(36) R. DEHOUSSE, «Regulation by networks in the European Community: the role of European agencies», *Journal of European Public Policy*, 1997, 4, pp. 246-261 (258).

(37) Notons aussi, par exemple, que le problème de la surcharge de la Commission se pose seulement après et à la suite de la décision de restreindre (les ressources de) la Commission.

(38) Voy. aussi M. THATCHER, «The creation of European regulatory agencies and its limits: a comparative analysis of European delegation», *Journal of European Public Policy*, 2011, 18, pp. 790-809 (792-793); D. KELEMEN et A. TARRANT, «The political foundations of the Eurocracy», *West European Politics*, 2011, 34, pp. 923-947 (923).

(39) Voy. D. BADRÉ, «Où vont les agences européennes?», Rapport d'information du Sénat n° 17 (2009-2010) fait au nom de la commission des affaires européennes et de la commission des finances, 9 octobre 2009. Voy. aussi E. PARADIS, «Les agences et organismes divers de l'Union européenne: une appréciation d'ensemble en 2010», in MOLINIER (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 199-219 (207). Par exemple, pour héberger l'EEA, il y avait 11 candidats (sur 12 États membres), voy. la réponse donnée par M. Ripa di Meana au nom de la Commission à la question écrite 128/91, *J.O.*, 1991, C 164/26.



l'accent sur ce choix dans le premier paragraphe de l'article 291 TFUE. Cependant, le droit primaire prévoit aussi une exception à la règle de l'administration indirecte : exceptionnellement le législateur européen peut habiliter la Commission (ou le Conseil) à exercer une fonction exécutive. Dans une certaine mesure, cette administration directe peut aussi être qualifiée de forme d'intégration administrative : certaines compétences exécutives ne sont plus exercées au niveau national et sont en revanche centralisées au niveau européen.

Le fait que les traités eux-mêmes prévoient explicitement la possibilité (et les conditions) pour l'UE d'avoir recours à sa propre administration, soulève la question de savoir pourquoi le législateur a estimé dûment nécessaire et justifié d'avoir recours à une autre forme d'administration centralisée, non prévue par le droit primaire. Il est possible de remarquer ici que la qualification des agences européennes par les institutions comme agences *décentralisées* est fortement trompeuse (40). Même si l'agencification est une forme d'intégration administrative atypique, les agences restent des organismes européens et les pouvoirs qu'elles exercent sont typiquement des pouvoirs autrefois exercés par les autorités des États membres. Par conséquent, les seuls aspects décentralisés caractérisant leur fonctionnement sont leur diffusion géographique et le fait que leurs conseils administratifs sont dominés par les représentants des États membres plutôt que par des représentants des institutions (41).

S'agissant des motifs qui conduisent le législateur européen à habiliter des organismes atypiques (les agences) au lieu d'habiliter la Commission (ou le Conseil), comme prévu par les traités, il faut noter que l'agencification, tout comme c'était le cas de la comitologie, est un développement institutionnel suscité par la crainte des États membres d'une trop grande bureaucratie européenne sous l'autorité de la Commission. En conséquence du projet Europe 92, les États membres étaient confrontés au dilemme suivant : d'une part, les objectifs législatifs toujours plus ambitieux nécessitaient une coopé-

(40) O. DUBOS, « Objectif d'efficacité de l'exécution du droit de l'Union européenne : la tectonique des compétences », in NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 293-314 (300-301).

(41) Cette surreprésentation semble être une *conditio sine qua non* pour les États membres réunis au Conseil. Par exemple, même pour une agence modeste sans aucune relation avec les administrations nationales, comme le CdT, le Conseil a insisté pour que soit créé un conseil administratif incluant des représentants des États membres quoique la Commission ait proposé un conseil administratif composé de représentants de la Commission et des autres agences. Voy. l'article 4 de la proposition de la Commission, *J.O.*, 1994, C 99/17.



ration administrative (entre les États membres) qui n'était plus réalisable par la simple voie de l'administration indirecte ; d'autre part, les États membres ne voulaient pas créer la capacité administrative nécessaire au niveau européen qui rendrait la Commission plus puissante. Les États membres, réunis au sein du Conseil, ont réussi à dépasser ce dilemme en s'appuyant sur cette ingéniosité institutionnelle de l'agence décentralisée : quoique la capacité administrative de l'UE soit renforcée, la Commission européenne n'en est pas directement renforcée pour autant et les États membres se sont assuré un rôle important dans les nouvelles structures européennes. Il va donc sans dire que le choix de l'agencification au sein de l'UE est en premier lieu un choix politique. Néanmoins, l'on peut aussi noter que, dans une perspective juridique, les agences, mêmes si elles sont des organismes atypiques, sont un bon compromis entre les principes de l'effet utile du droit européen et le principe de la subsidiarité. En effet, ne serait-ce pas une entrave disproportionnée à l'autonomie administrative des États membres que d'avoir recours à l'administration directe (typique) dès que l'administration indirecte ne suffit pas totalement pour réaliser les objectifs législatifs ?

Par ailleurs, en ce qui concerne les positions des autres institutions, il y a des parallèles intéressants entre l'agencification et la comitologie. À l'époque des deux premières vagues, la décision d'établir (ou non) une agence incombait seulement à la Commission et au Conseil, étant donné que la base juridique typiquement utilisée à cette époque était l'article 235 CEE (futur article 308 TCE). Pour la Commission, l'établissement d'une agence est alors une alternative de seconde main. Dans un monde idéal, elle voit s'élargir ses propres pouvoirs administratifs, mais à cause de la réticence des États membres, elle se contente d'un renforcement de la capacité administrative de l'UE par l'agencification. Pour éviter que l'agencification devienne aussi contestée que la comitologie, le Conseil a acquiescé, dès la troisième vague, pour fonder l'acte établissant une agence sur la disposition constituant la base juridique spécifique de la politique en cause, au lieu d'avoir recours à l'article 308 TCE (42). Ceci a permis d'associer le Parlement au processus décisionnel et de neutraliser sa résistance à ce développement institutionnel. Tout comme la Commission, le Parlement supporte aussi l'agencification parce que la capacité administrative de l'UE est renforcée, même si le Parlement aurait préféré habiliter la Commission sur laquelle il exerce un contrôle démocratique plus fort.

(42) Voy. Commission européenne, Projet d'accord institutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation, COM (2005) 59 final, p. 4.



V. — Les limites juridiques au processus d'agencification

Le fait que les agences européennes ne sont pas prévues dans les traités les rend évidemment contestables d'un point de vue juridique. Ici, l'on peut déjà se demander s'il y a une compétence de l'UE pour établir des organismes subsidiaires. Faute d'une disposition explicite, cela n'était pas tout à fait clair avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Aujourd'hui, une telle disposition manque encore, mais on retrouve aussi dans les traités plusieurs références aux organes et organismes de l'Union, dont l'on peut tirer une compétence implicite pour l'Union à établir de tels organes et organismes.

Comme souligné par Geradin et Petit, il est aussi possible de s'interroger sur la conformité des agences et de l'agencification aux principes de proportionnalité et de subsidiarité (43). Il semble exister sur ce point un rapport tendu entre les deux principes et en ce qui concerne la proportionnalité, entre la décision d'établir une agence et la décision d'habiliter une agence. Dans une perspective de proportionnalité, le choix pour une solution organisationnelle lourde (comme l'établissement d'une agence) n'a de sens que si l'agence se voit conférer des tâches importantes. Cependant, si l'on scrute cette dernière décision, il semble préférable d'établir des agences avec des tâches et des pouvoirs modestes : si l'on peut assurer une application assez uniforme du droit européen en créant une agence européenne avec une tâche de coordination, il serait disproportionné d'habiliter cette agence à adopter elle-même des mesures contraignantes. Dans une perspective de subsidiarité en revanche, le législateur est plutôt poussé à adopter des habilitations importantes en faveur des agences. Comme l'a montré Van Nuffel, plus les objectifs de l'action envisagée sont définis de façon ambitieuse, moins il est problématique (du point de vue de la subsidiarité) que l'UE intervienne (44) : si ce n'est que pour coordonner les autorités nationales, est-il vraiment nécessaire qu'une agence européenne soit créée ?

Toutefois, les questions juridiques les plus discutées sont sans doute celles relatives à la délégation ou l'attribution de pouvoirs aux agences. Récemment, la Cour de justice a eu l'opportunité, pour la première fois, de s'exprimer sur ces questions dans l'affaire *vente à découvert* (45). Avant cette affaire, il y avait de nombreuses questions sans réponse, comme, entre autres, celle de savoir si l'on peut appliquer la doctrine *Meroni* aux agences

(43) D. GERADIN et N. PETIT, *op. cit.*, *Yearbook of European law*, 2005, 23, (173-174).

(44) P. VAN NUFFEL, «Gebruiksaanwijzing voor subsidiariteit — Een bijsluiter bij de eerste toepassing door het Hof van Justitie», *Rechtskundig Weekblad*, 1997, pp. 273-297 (290).

(45) Arrêt *RU c. Parlement européen et Conseil*, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18.



et, dans l'affirmative, comment? Qu'en est-il de la doctrine *Romano* et quel est le rapport exact entre *Meroni* et *Romano*? L'équilibre institutionnel ajoute-il quelque chose à l'analyse?

Dans l'affaire *Meroni* de 1958, la Cour de justice avait annulé une décision de la Haute Autorité délégrant des pouvoirs aux «organismes de Bruxelles», deux sociétés de droit belge (46). Depuis lors, la doctrine *Meroni* est célèbre, même s'il n'y a pas de consensus clair sur les règles qui ressortiraient de cette doctrine. En effet, la Cour a soulevé plusieurs objections contre la délégation en cause dans l'affaire *Meroni*. Premièrement, la Cour a fait observer qu'une délégation ne peut être consentie que si l'autorité délégataire est soumise aux mêmes règles que l'autorité délégante, ce qui n'était pas le cas (47). Ensuite, la Cour a fait remarquer que «les conséquences résultant d'une délégation de pouvoirs sont très différentes suivant qu'elle vise des pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante, ou un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique» (48). Or, la disposition dans le traité autorisant la Haute Autorité de faire appel aux organismes comme les organismes de Bruxelles prescrivait également que les délégations devaient être «nécessaires à l'exécution des missions définies à l'article 3 [du traité]» (49). En outre, la Cour estimait que, afin de concilier les différents objectifs de la Communauté (énumérés dans l'article 3), il fallait un pouvoir discrétionnaire et que les décisions des organismes de Bruxelles «ne peuvent être le produit d'opérations *purement comptables* fondées sur des critères objectifs définis par la Haute Autorité [et le Conseil]» (50). Vu que ces décisions n'étaient pas couvertes par la responsabilité (politique) des institutions, la Cour a aussi constaté une violation de l'équilibre des pouvoirs qui était «une garantie fondamentale accordée par le Traité, notamment aux entreprises et associations d'entreprises auxquelles il s'applique» (51). Avant la décision de la Cour dans l'affaire *vente à découvert*, il était donc possible d'établir une doctrine *Meroni* composée de six règles: (i) l'autorité délégante ne peut déléguer que des pouvoirs exécutifs (52); (ii) l'autorité délégante doit

(46) Arrêt *Meroni c. Haute Autorité*, 9/56, ECLI:EU:C:1958:7.

(47) *Ibid.*, pp. 40-41.

(48) *Ibid.*, p. 43.

(49) *Ibid.*, p. 43 (nous soulignons).

(50) *Ibid.*, pp. 45-46 (nous soulignons).

(51) *Ibid.*, p. 44.

(52) Voy. e.a. C. STEPHANOU, *op. cit.*, ces *Cahiers*, 2006, 42, (619-620).



assurer un contrôle sur l'autorité délégataire (53); (iii) l'autorité délégataire ne peut déléguer que ses propres pouvoirs (54); (iv) l'autorité délégataire doit déléguer ses pouvoirs d'une manière explicite (55); (v) l'équilibre des pouvoirs doit être maintenu (56) et (vi) une délégation doit être nécessaire pour que les tâches concernées puissent être remplies (57). Faute d'un consensus sur ces éléments, différents auteurs ont tous proposé différentes doctrines *Meroni*.

Dans l'affaire *Romano* de 1981, la Cour a jugé que le Conseil ne pouvait pas déléguer certains pouvoirs à la commission administrative pour la sécurité sociale, un organisme établi par un règlement européen. Cette décision était fondée sur deux considérations. Premièrement, avant sa célèbre jurisprudence *Les Verts* (58), la Cour ne pouvait pas être saisie pour contester des actes autres que ceux de la Commission et du Conseil. Deuxièmement, la Cour se référait à l'article 155 CEE, disposition énumérant les pouvoirs de la Commission dont la possibilité d'«exerce[r] les compétences que le Conseil lui confère pour l'exécution des règles qu'il établit». Vu les similarités entre la commission administrative dans l'affaire *Romano* et les agences européennes actuelles, il est remarquable que l'affaire *Romano* soit si peu analysée. Paradoxalement, c'est peut-être à cause de sa clarté que la doctrine *Romano* est beaucoup moins invoquée que la doctrine *Meroni* (59). Après tout, la conclusion de la Cour dans l'affaire *Romano* était «qu'un organe tel que la commission administrative ne peut être habilité par le Conseil à arrêter des actes revêtant un caractère normatif» (60). Les difficultés pour comprendre le sens de l'arrêt *Romano* sont surtout engendrées par les modifications ultérieures des traités. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour peut être saisie par un recours introduit contre

(53) Voy. e.a. M. EVERSON, «Independent Agencies: Hierarchy Beaters?», *European Law Journal*, 1995, 1, pp. 180-204 (192).

(54) La règle que le contrôle judiciaire doit être maintenu est aussi souvent invoquée, mais on peut l'inclure dans cette règle plus générale.

(55) Voy. e.a. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 160-2.

(56) Voy. e.a. B. REMMERT, «Die Gründung von Einrichtungen der mittelbaren Gemeinschaftsverwaltung», *Europarecht*, 2003, 37, pp. 134-145 (139).

(57) T. TRIDIMAS, «Financial Supervision and Agency Power: Reflections on ESMA», in NIC SHUIBHNE et GORMLEY (dir.), *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 55-83 (60).

(58) Arrêt *Les Verts c. Parlement européen*, 294/83, ECLI:EU:C:1986:166.

(59) M. CHAMON, «EU agencies between “Meroni” and “Romano” or the devil and the deep blue sea», *CMLRev.*, 2011, 48, pp. 1055-1075 (1064).

(60) Arrêt *Romano*, 98/80, ECLI:EU:C:1981:104, point 20.



un organe ou un organisme de l'UE. Si l'Acte unique européen n'a pas modifié l'article 155 CEE, il a ajouté un paragraphe à l'article 145 CEE autorisant le Conseil à déléguer des pouvoirs à la Commission (61). Ensuite, les paragraphes pertinents de ces deux articles ont été transformés par le traité de Lisbonne dans les articles 290 et 291 TFUE (62). Ces deux articles prévoient aussi seulement des habilitations de la Commission ou (exceptionnellement) du Conseil.

Finalement, qu'en est-il de l'équilibre institutionnel? Beaucoup d'auteurs ont identifié, dans l'affaire *Meroni*, une objection fondée sur l'équilibre institutionnel, mais il faut noter ici que la Cour se référait dans l'affaire *Meroni* à l'équilibre des pouvoirs. L'équilibre institutionnel comme interprété aujourd'hui, et surtout après l'affaire *Tchernobyl* (63), a néanmoins un sens différent. Notons, par exemple, que la Cour dans l'affaire *Meroni* soulignait encore l'importance de l'équilibre des pouvoirs comme «une garantie fondamentale accordée aux entreprises» alors que dans l'affaire *Vreugdenhil*, elle a fait remarquer que «le système de répartition des compétences entre les différentes institutions de la Communauté a pour but d'assurer le respect de l'équilibre institutionnel prévu par le traité et non pas la protection des particuliers» (64). En revanche, dans l'affaire *Romano*, la notion d'équilibre institutionnel a indéniablement influencé la décision de la Cour, même si elle ne figure pas dans les attendus de l'arrêt (65). En effet, la Cour insistait sur l'article 155 CEE énumérant les pouvoirs de la Commission et non pas sur l'article 145 CEE énumérant les pouvoirs du Conseil. Il en résulte que la Cour n'émettait pas de réserves à la délégation en soi, mais à la délégation au bénéfice d'un organisme autre que la Commission, l'autorité indiquée par le traité (66). L'habilitation de la

(61) Sur cette décision remarquable, ajoutant un nouvel article au lieu de modifier l'ancien article 155 CEE, voy. M.-Fr. LABOUZ, «L'Acte unique européen», *Revue Québécoise de Droit International*, 1986, 3, pp. 133-168 (139); C. BLUMANN, «Le pouvoir exécutif de la commission à la lumière de l'Acte unique européen», *Rev. trim. dr. eur.*, 1988, 24, pp. 23-66 (27-29).

(62) Sur cette modification, voy. aussi C. BLUMANN, «Un nouveau départ pour la Comitologie. Le règlement n° 182/2011 du 16 février 2011», ces *Cahiers*, 2011, 47, pp. 23-52 (25-27).

(63) Arrêt *Parlement européen c. Conseil*, 70/88, ECLI:EU:C:1990:217.

(64) Arrêt *Vreugdenhil c. Commission*, C-282/90, ECLI:EU:C:1992:124, point 20. Cette compréhension étriquée de la notion a été critiquée encore récemment par l'avocat général Bot, voy. ses conclusions dans l'affaire C-221/10 P, *Artgodan GmbH c. Commission*, ECLI:EU:C:2011:744, points 40-44.

(65) M. CHAMON, *op. cit.*, *CMLRev.*, 2011, 48, (1063).

(66) En ce sens, voy. aussi C. LASALLE, «Les Comités et l'évolution institutionnelle de la CEE», ces *Cahiers*, 1968, 4, pp. 395-419 (405).



commission administrative par le Conseil violait dès lors les prérogatives de la Commission et l'équilibre institutionnel.

Comme évoqué ci-dessus, la Cour a eu l'opportunité de se prononcer sur ces questions dans l'affaire *vente à découvert*. Pour les besoins de la présente contribution (67), il suffira de souligner les aspects les plus remarquables du raisonnement de la Cour. Premièrement, la Cour a confirmé que les habilitations des agences européennes sont régies par les règles découlant des deux arrêts *Meroni* et *Romano*, ce qui confirme leur actualité. Néanmoins, la Cour a appliqué une doctrine *Meroni* simplifiée, composée seulement de la règle qui prohibe la délégation de pouvoirs discrétionnaires. La simplification par la Cour de l'arrêt *Meroni* s'est poursuivie aussi dans l'application de cette nouvelle doctrine *Meroni*. Comme noté précédemment, dans l'affaire originale, la Cour estimait que si les décisions de l'autorité délégataire ne sont pas «le produit d'opérations purement comptables fondées sur des critères objectifs définis» par l'autorité délégante, la délégation des pouvoirs discrétionnaires est critiquable. Il suffit ici de noter que les critères définis par le législateur dans le règlement en cause dans l'affaire *vente à découvert* ne correspondent pas à cette définition. Néanmoins, la Cour a conclu qu'aucun large pouvoir discrétionnaire n'était délégué à l'AEMF (68). Ensuite, la Cour s'est prononcée sur le rapport entre l'arrêt *Meroni* et l'arrêt *Romano* et elle a constaté, sans aucune explication, que l'arrêt *Romano* n'apportait rien à l'arrêt *Meroni*.

Pour évaluer l'habilitation d'une agence, la Cour a donc clarifié qu'il faut seulement s'appuyer sur la doctrine *Meroni*, réduite à une seule règle, à savoir la prohibition de déléguer des pouvoirs discrétionnaires. Le grand absent dans l'arrêt *vente à découvert* est cependant l'équilibre institutionnel. Cette analyse se déduisait déjà dès lors que la Cour avait jugé que l'arrêt *Romano* n'ajoutait rien à l'arrêt *Meroni* et deviendra évidente lors de l'appréciation par la Cour du moyen invoquant une violation des articles 290 et 291 TFUE. Aussi surprenant que cela puisse paraître, la Cour a réussi à traiter ce moyen sans contrôler l'habilitation au regard de l'équilibre institutionnel (entre le législateur et la Commission). Selon la Cour, ces articles ne constituent pas

(67) D'autant que l'arrêt fait l'objet d'un examen dans le numéro précédent des *Cahiers*, voy. E. BERNARD, «Quels pouvoirs pour les agences de l'Union européenne?», ces *Cahiers*, 2014, pp. 637-659.

(68) Il semble pourtant difficile de nier qu'un pouvoir discrétionnaire a été délégué à l'AEMF. Seulement si on met l'accent sur de *larges* pouvoirs discrétionnaires pourrait-on être d'accord avec Martucci qui supporte la Cour sur ce point. Voy. Fr. MARTUCCI, «Les pouvoirs de l'Autorité européenne des marchés financiers à l'épreuve du droit constitutionnel de l'Union», *RAE*, 2014, pp. 191-200 (198).



un seul cadre juridique. Par conséquent, le législateur est libre d'élaborer ce cadre avec des actes autres que l'acte d'exécution ou délégué et avec des autorités exécutives autres que la Commission et le Conseil et tout cela sans que la Cour indique de quelconques limites pour sauvegarder la position primordiale de la Commission dans l'exécutif européen.

Certes, la nouvelle doctrine *Meroni* est adaptée aux exigences posées par l'état actuel de l'intégration européenne et de ce fait l'arrêt *vente à découvert* a été (partiellement) bien accueilli par la doctrine (69). Cependant, l'arrêt a laissé ouvert plusieurs autres questions et risque d'ébranler la position de la Commission, étant donné que les prérogatives de la Commission ne sont plus sauvegardées et qu'il est même devenu plus facile d'habiliter un organisme non prévu par les traités que d'habiliter la Commission européenne (70).

VI. — Quelques défis posés par l'agencification

Pour identifier certaines questions encore ouvertes après l'affaire *vente à découvert*, il est utile de revenir au raisonnement sous-jacent de la décision dans l'affaire *Meroni*. Soulignons que dans cette affaire, la Cour avait sanctionné la délégation «de pouvoirs d'exécution nettement délimités» uniquement parce que l'usage de tels pouvoirs était «susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante». Cependant, dans l'affaire *vente à découvert*, la Cour a ouvert la possibilité de déléguer des pouvoirs qui «sont encadrés de façon précise et [qui] sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel au regard des objectifs fixés par l'autorité délégante» (71). Le contrôle de l'arrêt *Meroni*, qui était tant

(69) J.-C. BONICHOT, «À propos de l'attribution du pouvoir réglementaire à l'Autorité européenne des marchés financiers», *RFDA*, 2014, pp. 325-330 (330); B. J. DRIJBER, «Verbod op short selling — grondslag bevoegdheden ESMA», *Ondernemingsrecht*, 2014, pp. 352-354; Fr. MARTUCCI, *op. cit.*, *RAE*, 2014, pp. 191-200.

(70) Ch. OHLER, «Rechtsetzungsbefugnisse der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA)», *Juristenzeitung*, 2014, 69, pp. 244-252 (251); M. SKOWRON, «Kapitalmarktrecht: Rechtmäßigkeit der Eingriffsbefugnisse der ESMA nach Art. 28 Leerverkaufsverordnung», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014, 25, pp. 349-355 (353); M. CHAMON, «The empowerment of agencies under the *Meroni* doctrine and article 114 TFEU: comment on *United Kingdom v Parliament and Council (Short-selling)* and the proposed Single Resolution Mechanism», *European Law Review*, 2014, 39, pp. 380-403 (397).

(71) Arrêt *RU c. Parlement européen et Conseil*, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, point 53.



un contrôle politique qu'un contrôle juridique, a été réduit à un contrôle juridique, ce qui soulève la question de savoir qui contrôlera l'agence et qui en assumera la responsabilité politique. Sous la doctrine *Meroni*, version originale, c'était clairement l'autorité délégante, mais sous la doctrine revisitée ce n'est plus clair. Cette question est aussi liée à la distinction fondamentale entre une (vraie) délégation de pouvoir et une attribution de pouvoir. Dès lors que les agences sont habilitées par le législateur, cette habilitation ne peut être assimilée à une vraie délégation (72), ce qui soulève la question de savoir si l'on pourrait à bon droit appliquer les règles de la doctrine *Meroni* (qui régissaient une vraie délégation). Quoique l'avocat général ait analysé cette question (73), la Cour l'a ignorée, probablement parce que cette question aurait soulevé indirectement la question de l'équilibre institutionnel.

En ce qui concerne le contrôle politique, il faut noter que le manque d'attention pour les prérogatives de la Commission a aussi d'importants effets secondaires pour le Parlement européen. Si le législateur décide d'habiliter une agence, la Commission est, par ce fait, hypothétiquement dépourvue d'un pouvoir exécutif et ce pouvoir n'est plus soumis au même degré de contrôle démocratique, vu que les agences sont plus autonomes vis-à-vis du Parlement que la Commission.

En ce qui concerne le contrôle juridique, les remarques de la Cour, selon lesquelles le législateur ne peut pas attribuer des pouvoirs discrétionnaires aux agences et que les pouvoirs des agences restent susceptibles d'un contrôle juridique, donnent l'impression qu'il s'agit ici d'un contrôle juridictionnel complet. Cependant, déjà aujourd'hui, la pratique confirme que la Cour n'exerce qu'un contrôle marginal quand les actes des agences sont examinés (74). Eu égard à ces circonstances, dans quelle mesure peut-on encore parler d'un contrôle suffisant? De toute façon, ce qui est certain est qu'un tel contrôle n'est pas équivalent à celui envisagé par la Cour dans l'arrêt *Meroni*.

(72) Y. GAUTIER, *La délégation en droit communautaire*, Thèse de doctorat inédite, Strasbourg 3, Strasbourg, 1995, p. 402.

(73) Conclusions Jääskinen dans l'affaire C-270/12, *RU c. Parlement européen et Conseil*, ECLI:EU:C:2013:562, points 91-92.

(74) Arrêt du 26 novembre 2002, *Artgodan GmbH 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, ECLI:EU:T:2002:283; arrêt du 19 novembre 2008, *Schröder c. OCVV*, T-187/06, ECLI:EU:T:2008:511; arrêt du 7 mars 2013, *Rütgers c. ECHA*, T-96/10, ECLI:EU:T:2013:109. Voy. aussi M. CHAMON, «EU Risk Regulators and EU Procedural Law», *European Journal of Risk Regulation*, 2014, 5, pp. 324-337 (331-332).



Comme les problèmes liés à l'équilibre institutionnel soulevés par l'affaire *vente à découvert* ont déjà été évoqués ci-dessus, il suffira ici de souligner la question essentielle. Quoique la Cour ait indiqué que le législateur doit bien encadrer les pouvoirs qu'il attribue aux agences, la Cour n'a pas défini un cadre régissant le choix du législateur à habiliter soit la Commission, soit une agence. La Cour laisse ce choix à la discrétion totale du législateur, puisque même l'insistance de la Cour sur l'expertise technique (*in casu* de l'AEMF) (75) n'est guère opérante pour faire une distinction entre les matières qui peuvent être confiées à une agence et celles qui nécessitent l'intervention de la Commission.

Encore plus fondamentalement, la décision de la Cour dans l'affaire *vente à découvert* a exacerbé le décalage entre la réalité institutionnelle de l'UE et la théorie institutionnelle telle que définie par les traités. Même si certaines versions linguistiques des Traités se réfèrent, après le traité de Lisbonne, aux agences, (76) les agences européennes restent non prévues par les traités. En effet, nulle part dans les traités ne peut-on trouver une disposition générale autorisant le législateur à établir des agences (77), encore moins une disposition régissant les conditions applicables à un tel établissement ou aux délégations aux agences. Ce manque de cadre juridique a résulté en une agencification *ad hoc* et a poussé la Commission à proposer un accord interinstitutionnel pour encadrer (en droit dérivé) les agences (78). Malheureusement ce projet, après de longues négociations, n'a abouti qu'à une approche commune non contraignante, qui, par ailleurs, n'est guère plus qu'une codification des pratiques existantes (79). Effectivement, plusieurs des nouvelles dispositions dans les actes établissant des agences, introduites après l'adoption de l'approche commune, vont au-delà de ce qui est prescrit

(75) Voy. Arrêt *RU c. Parlement européen et Conseil de l'UE*, C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, points 52, 82 et 102.

(76) C'est (seulement) le cas pour les versions anglaise, bulgare, danoise, espagnole, estonienne, gaélique, grecque, slovaque, slovène et roumaine.

(77) Les exceptions notables ici sont l'Agence européenne de défense, prévue dans les articles 42 (3) et 45 TUE; Europol, prévu dans l'article 88 TFUE; Eurojust, prévue dans l'article 85 TFUE et le (possible) futur parquet européen, prévu dans l'article 86 TFUE.

(78) Voy. COM (2005) 59 final.

(79) Pour des commentaires sur l'approche commune, voy. E. BERNARD, «Accord sur les agences européennes: la montagne accouche d'une souris», *RDUE*, 2012, pp. 399-446; Fr. COMTE, «Agences décentralisées: vers un statut unifié? Approche commune du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne sur les agences décentralisées», in GOVAERE et HANF (dir.), *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law — Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve*, Peter Lang, Bruxelles, 2013, pp. 143-156.



par celle-ci (80). De plus, un des seuls éléments novateurs dans l'approche commune, la possibilité de supprimer une agence ou de fusionner plusieurs (petites) agences (81), s'est avéré pratiquement impossible à mettre en œuvre. Par exemple, alors que la Commission avait proposé, en 2013, de fusionner les deux agences policières de l'Union (Europol et Cepol) (82), le législateur a maintenu la séparation entre ces deux entités (83), même si Cepol est menacé, depuis son établissement, par des problèmes de gestion en raison de sa petite taille (*cfr infra*).

En bref, aujourd'hui, le législateur peut attribuer un pouvoir normatif à une agence européenne sans que des normes minimales soient définies horizontalement sur de nombreuses questions importantes, telles les conditions à satisfaire afin d'établir une agence, la responsabilité politique des agences, leurs rapports avec les institutions, le fonctionnement interne des agences, les règles procédurales applicables au processus décisionnel des agences, leurs relations avec leurs États hôtes, etc. Ce décalage risque d'ébranler la légitimité des agences européennes et, par conséquent, aussi la légitimité de l'UE elle-même. Il serait donc préférable de régler ce problème par la seule voie indiquée à cet effet: une modification des traités. Bien évidemment, il n'est pas proposé ici d'élaborer un cadre horizontal pour les agences dans le droit primaire. Tout comme l'article 291 (3) TFUE, la nouvelle disposition pourrait mandater le législateur européen d'adopter un règlement-cadre dans le droit dérivé (84). Certes, les perspectives d'un tel cadre sont peu favorables, dès lors que le Conseil a torpillé le projet d'accord institutionnel proposé par la Commission et qu'il a insisté sur une approche commune non contraignante. Néanmoins, la décision dans l'affaire *vente à découvert*, et

(80) Par exemple, après la révision de l'acte de base établissant l'Agence européenne pour la sécurité maritime de 2013, la procédure de nomination du directeur de l'agence est beaucoup plus élaborée, suivant en cela la pratique antérieure, que celle prévue dans l'approche commune.

(81) Voy. point 5 de l'approche commune.

(82) Voy. Proposition de la Commission relative à l'Agence de l'Union européenne pour la coopération et la formation des services répressifs (Europol) et abrogeant les décisions 2009/371/JAI et 2005/681/JAI, COM (2013) 173 final.

(83) Voy. règlement (UE) 543/2014 du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision 2005/681/JAI du Conseil instituant le Collège européen de police, *J.O.*, 2014, L 163/5.

(84) Lors du débat sur la Constitution européenne, une telle solution était aussi suggérée par Rodrigues, voy. S. RODRIGUES, «Quelques considérations juridiques en faveur d'un statut pérenne des autorités européennes de régulation», *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2004, 60, pp. 1179-1182 (1182).



ses conséquences, semblent requérir un enracinement plus ferme de l'agen-
cification dans le droit institutionnel et constitutionnel de l'Union.

Un examen de la pratique législative récente permet de noter que la fluidité de la nouvelle doctrine *Meroni* a aussi facilité le processus législatif ayant conduit à l'adoption du règlement 806/2014 instituant le conseil de résolution unique (CRU) dans le mécanisme de résolution unique (85). Dans son opinion sur la proposition de la Commission, datant d'avant la décision de la Cour dans l'affaire *vente à découvert*, le service juridique du Conseil émettait encore de nombreux doutes sur la compatibilité des pouvoirs envisagés du CRU, une nouvelle agence décentralisée, avec l'ancienne doctrine *Meroni* (86).

Par exemple, en ce qui concerne les plans de résolution établis par le CRU, le service juridique estimait que la proposition laissait une trop grande marge de manoeuvre au CRU (87). Dans le règlement définitif, le législateur a répondu aux réserves formulées par le service juridique en clarifiant que le CRU ne peut établir des plans qu'après avoir consulté, entre autres, la BCE et en ajoutant des critères matériels additionnels auxquels les plans doivent répondre (88). À juste titre, l'on pourrait se demander si ces modifications apportées à la proposition originale ont effectivement transformé le pouvoir d'établir les plans de résolution d'un pouvoir discrétionnaire en un pouvoir purement exécutif ou en un pouvoir «encadré de façon précise» comme exigé par l'affaire *vente à découvert*. Toutefois, dès lors que le nouveau critère posé par la Cour est tellement flexible, il semble également impossible de démontrer qu'il s'agit ici d'un pouvoir précisément encadré.

En revanche, le service juridique notait également que la possibilité pour le CRU de recourir à des moyens de financement alternatifs et le pouvoir de déterminer l'exigence minimale de fonds propres et d'engagements éligibles des banques n'étaient pas circonscrits de manière suffisamment stricte dans

(85) Voy. règlement (UE) 806/2014 du Parlement européen et du Conseil établissant des règles et une procédure uniformes pour la résolution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, *J.O.*, 2014, L 225/1.

(86) Service Juridique du Conseil de l'Union européenne, Délégation de compétences au Conseil de résolution unique, 14547/13.

(87) *Ibid.*, points 23-24.

(88) Voy. article 8, alinéa 2, du règlement et comparez les alinéas 6 à 9 de l'article 8 du règlement avec les alinéas 4 à 5 de l'article 7 de la proposition de la Commission.



la proposition de la Commission (89). Ici la proposition n'a guère été modifiée et, en dépit de la suggestion du service juridique, le pouvoir du CRU à déterminer l'exigence minimale n'a pas été circonscrit plus précisément. Cependant, il semble à nouveau difficile de qualifier ces pouvoirs comme des pouvoirs discrétionnaires eu égard au nouveau critère de la Cour. En bref, comme déjà souligné ci-dessus, la nouvelle doctrine *Meroni* est merveilleusement imprécise, ce qui est largement au bénéfice du législateur.

S'agissant de l'autre pièce centrale du projet d'union bancaire, à savoir le mécanisme de supervision unique, il faut souligner que le législateur a opté ici pour habiliter un (nouvel) organe interne de la BCE au lieu de créer et/ou d'habiliter une (nouvelle) agence décentralisée (90). Même si la (vieille) doctrine *Meroni* était composée de plusieurs règles (*cf. supra*) dont quelques-unes étaient applicables tant aux délégations internes qu'aux attributions (91), la Cour a confirmé dans l'affaire *vente à découvert* que l'essence de la doctrine est la prohibition de déléguer des pouvoirs discrétionnaires (*cf. supra*). Il semble impossible d'appliquer cette règle spécifique aux institutions propres de l'Union, comme la BCE, vu que leur légitimité leur permet d'exercer des pouvoirs discrétionnaires. Puisque les décisions du conseil de surveillance prudentielle seront adoptées au nom de la BCE, qui en assumera la pleine responsabilité, il en résulte que ce conseil peut exercer des pouvoirs discrétionnaires.

VII. — Quelques défis posés aux agences

Notons bien que le manque de cadre pour les agences européennes ne leur est pas profitable non plus. De manière plus fondamentale, il est difficile de situer les agences dans l'exécutif européen. Tandis que la Commission a, dans le passé, présenté les agences comme ses satellites (92), il est difficile aujourd'hui, et surtout après l'arrêt *vente à découvert*, de prétendre qu'une agence comme l'AEMF soit un simple satellite de la Commission.

(89) Service Juridique du Conseil de l'Union européenne, Délégation de compétences au Conseil de résolution unique, 14547/13, points 25 et 60.

(90) Règlement (UE) 1024/2013 du Conseil confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit, *J.O.*, 2013, L 287/63.

(91) Voy. par exemple l'arrêt *Tralli c. BCE*, C-301/02 P, ECLI:EU:C:2005:306, point 41.

(92) Commission européenne, *Agences de l'Union européenne: Quoi que vous fassiez, nous travaillons pour vous*, Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2007, p. 1.



Il semble évident que cette position incertaine des agences affecte aussi leur comportement de manière générale et pas seulement dans leurs relations avec la Commission.

À un niveau plus pratique, le manque de cadre horizontal frustre l'échange de meilleures pratiques entre les agences, alors qu'il s'agit quand même d'une pratique promue par l'approche commune (93). Le manque de cadre a aussi indéniablement poussé l'agencification quantitative. L'on peut se demander si avec des critères clairs, toutes les agences actuelles auraient été établies. Pensons de nouveau aux agences policières dont l'une est responsable de la coopération opérationnelle tandis que l'autre l'est de la formation des hauts fonctionnaires nationaux. Dans la matière de la formation professionnelle générale, on peut noter l'existence d'une agence européenne responsable pour les États membres et une autre agence, responsable pour les pays tiers. En ce qui concerne les droits fondamentaux, il existe une agence avec une vocation générale, mais aussi une agence dédiée à un seul droit fondamental, à savoir l'égalité entre homme et femme. En conséquence de cette fragmentation de tâches, de nombreuses agences européennes sont gênées dans leur fonctionnement à cause de leurs tailles trop petites. Ces problèmes sont entre autres dus aux importants coûts fixes liés à l'établissement d'une entité indépendante telle une agence. D'un point de vue juridique, cette question relève aussi du principe de proportionnalité. Une agence européenne n'est qu'une forme organisationnelle spécifique pour remplir des tâches spécifiques. L'établissement d'une agence sera dépourvu de sens si ce n'est pas pour l'habiliter (94). À la lumière du principe de proportionnalité alors, le législateur européen devrait justifier pourquoi ces tâches spécifiques nécessitent l'établissement d'une agence, ce qui est, tout bien considéré, une forme organisationnelle assez lourde. Il en résulte que la valeur ajoutée apportée par l'agence doit au minimum compenser les coûts fixes entraînés par le choix d'établir l'agence. Or, dès lors que ces coûts ne dépendent pas de la taille de l'agence, ils sont imposés dans la même mesure tant aux grandes agences qu'aux petites. Ils découlent en effet souvent d'exigences juridiques imposées par le droit européen ou même de la décision créant une agence, vu qu'une agence nécessite son propre siège et ne saurait être hébergée par la Commission. Cependant, en conséquence de leur étroite coopération avec la Commission, quelques agences se sont

(93) Voy. points 20 et 21 de l'approche commune.

(94) Dans ce sens, voy. conclusions Kokott dans l'affaire C-217/04, *RU c. Parlement européen et Conseil de l'UE*, ECLI:EU:C:2005:574, point 27.



vues contraintes d'établir des bureaux de liaison à Bruxelles (95). En ce qui concerne les autres exemples de coûts fixes, on peut noter plusieurs obligations administratives: un système administratif pour traiter les demandes d'accès aux documents selon le règlement 1049/2001; les obligations procédurales et organisationnelles découlant du règlement financier (96); les publications obligatoires au *Journal officiel*; les coûts imposés aux institutions, comme par exemple les rapports supplémentaires de la Cour des comptes sur les comptes annuels des agences (97); etc. Eu égard à ces coûts, il est manifestement disproportionné d'établir une agence trop petite et cette disproportion pose aussi un problème pour l'agence elle-même. Par exemple, dans sa résolution très critique sur l'exécution du budget du Cepol pour l'année 2008, le Parlement européen reproche plusieurs problèmes à l'agence, même si ces problèmes se trouvaient (partiellement) hors du contrôle du Cepol (98).

Une question qui s'écarte des questions soulevées ci-dessus est celle liée à la position des agences dans le droit procédural européen. Comme évoqué dans le précédent numéro de ces *Cahiers* par le professeur Bernard, l'affirmation par le traité de Lisbonne de la légitimation passive des agences était d'une importance fondamentale dans le raisonnement de la Cour dans l'affaire *vente à découvert*. Toutefois, le calvaire du Parlement européen dans les années 1980 a montré que les questions de la légitimité passive et active sont liées (99), même si la Cour a rejeté un parallélisme entre cette première et la qualité d'ester en justice (100). Aujourd'hui, la légitimation passive des agences est reconnue, mais qu'en est-il de leur légitimation active? Les articles 263 et 265 TFUE n'en disent rien et le Tribunal a même récemment confirmé que les mêmes règles qui s'appliquent aux par-

(95) En 2010, 7 des 29 agences avaient un tel bureau, voy. la réponse de la Commission du 30 avril 2010, à la question E-0492/10 de M^{me} Ingeborg Gräßle.

(96) Voy. règlement (UE, EURATOM) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif aux règles financières au budget général de l'Union, *J.O.*, 2012, L 298/1.

(97) Voy. en ce sens Fr. ZIPPEL, «The Mushrooming of European Agencies and other Decentralised Bodies», *Journal Cour des comptes européenne*, 2013, pp. 19-23 (22).

(98) Notamment les points 6 et 7 de la Résolution du Parlement européen du 7 octobre 2010 contenant les observations qui font partie intégrante de la décision concernant la décharge sur l'exécution du budget du Collège européen de police pour l'exercice 2008, *J.O.*, 2010, L 320/12.

(99) Voy. les affaires *Les Verts* (*op. cit.*), *Tchernobyl* (*op. cit.*) et *Comitologie*, arrêt *Parlement européen c. Conseil*, 302/87, ECLI:EU:C:1988:461.

(100) *Ibid.*, point 21. De manière plus nuancée, voy. aussi conclusions Mancini dans l'affaire *Les Verts* (*op. cit.*), ECLI:EU:C:1985:483, pp. 1351-1352.

ties non privilégiées régissent aussi les interventions des agences devant la Cour (101). Cependant, l'importance des agences, encore renforcée par l'arrêt *vente à découvert*, soulève la question de savoir si l'on peut à bon droit traiter de la même manière les agences décentralisées et les personnes physiques ou morales, tant pour la capacité à former un recours que pour la capacité à intervenir dans un litige. Sans doute, cette question est importante pour les agences elles-mêmes et sans doute cette question se posera dans le futur.

En bref, un cadre horizontal reposant sur une base juridique dans les traités pourrait créer le contexte optimal permettant aux agences de se concentrer presque exclusivement sur leurs mandats propres et pourrait éclaircir la position des agences dans l'architecture institutionnelle de l'UE.

VIII. — Conclusion

Aujourd'hui, les agences décentralisées de l'UE sont devenues indispensables pour réaliser les politiques européennes et pour assurer l'exécution correcte du droit européen. Cependant, en dépit de cette réalité, le droit primaire de l'UE ne reconnaît pas le rôle important joué par les agences.

De manière générale, les institutions de l'UE n'ont pas rendu ce rôle plus clair en qualifiant ces organismes d'agences décentralisées. En réalité, l'origine des pouvoirs de la plupart des agences devrait être recherchée au niveau national, l'agencification (en général) étant dès lors un processus centralisateur. À bon droit, on peut alors le qualifier de forme d'intégration administrative qui a permis (aux États membres) de dépasser la dichotomie simpliste, que l'on retrouve encore aujourd'hui dans les traités, entre l'administration directe (par la Commission ou le Conseil) et l'administration indirecte (par les États membres).

Tout comme c'était le cas pour la comitologie, développement atypique plus ancien dans le droit administratif et institutionnel de l'UE, vingt ans d'expérimentation d'agencification semblent une période opportune pour commencer à réfléchir sur une codification de ce mode d'intégration administrative dans le droit primaire de l'UE. Après l'affaire *vente à découvert* une telle codification semble être d'autant plus absolument nécessaire au vu du décalage de plus en plus grand entre la théorie et la pratique insti-

(101) Ordonnance du Président dans l'affaire T-201/13, *Rubinum c. Commission*, ECLI:EU:T:2013:562, point 11.



tutionnelles, qui met sous pression la légitimité de l'agencification et, par là-même, de l'UE.

Élaborer une telle codification et le cadre horizontal nécessaire sera sans aucun doute un exercice délicat, étant donné qu'il faudra trouver un compromis entre une agencification utile (et donc étendue) et les prérogatives de la Commission. Enfin, ce compromis pourrait nécessiter que soit finalement tranchée la question de la position de la Commission européenne dans l'exécutif européen, un problème irrésolu mais latent dans beaucoup de conventions intergouvernementales.

