

Le pouvoir de décision à l'épreuve de « l'agenciarisation » de l'Union - Quelques questions constitutionnelles

Rostane MEHDI
Professeur à Aix-Marseille Université et au Collège d'Europe de Bruges
CERIC-DICE, UMR 7318
Chaire Jean Monnet

Rendre hommage à Claude Blumann expose immédiatement le téméraire à une difficulté (presque) insurmontable : dans quel registre inscrire le propos, s'agissant d'un juriste dont l'une des caractéristiques est d'avoir couvert avec autorité un spectre quasiment universel de matières relevant du droit public en général et du droit de l'Union européenne en particulier ?

Honorer le maître, le collègue et l'ami impose toutefois de retenir un angle attaque qui s'avérera, au regard des contraintes formelles de l'exercice, nécessairement réducteur. C'est donc à l'institutionnaliste d'exception que j'entends adresser les quelques réflexions qui suivront. Ce choix est dicté par la proximité disciplinaire entre le dédicataire et l'auteur de ces lignes beaucoup plus que par la facilité. Il aurait été tout aussi légitime de rappeler l'apport essentiel de C. Blumann à l'étude des politiques de l'Union (à commencer évidemment par la Politique agricole commune¹ mais aussi de la politique de l'énergie² ou plus largement du Marché intérieur³) ou à la compréhension du phénomène frontalier⁴.

C. Blumann sait mieux que quiconque rendre intelligible le mode d'organisation et de fonctionnement de cet ensemble sophistiqué que forme le système institutionnel de l'Union. Préférant par complexion intellectuelle la dynamique⁵ à la statique, il démontait, il y a près de vingt ans, pièce par pièce les rouages de la fonction législative communautaire⁶. Il ne s'est pas simplement intéressé aux forces motrices de l'Union et de son ordre juridique, il a également livré de lumineuses analyses sur les crises qui en affligent à périodes régulières les institutions⁷.

Loin de toute fixité marmoréenne, le système institutionnel de l'Union n'a cessé de muter au fil du temps, se transformant, parfois dans l'urgence, en fonction des besoins changeants de la construction européenne. Cette plasticité a sans doute constitué un gage d'adaptation à des enjeux que les pères fondateurs avaient souvent entrevus sans toujours parvenir à les formuler de manière précise. Une ductilité dont les traductions ont été non seulement d'ordre substantiel mais aussi organique. C. Blumann a su capter les diverses manifestations de cette capacité à se réinventer constamment. A cet égard, il est par exemple l'un des rares à avoir percé les mystères d'une comitologie dont la seule évocation suffit bien souvent à saisir

¹ - C. Blumann, « La réforme de la politique agricole commune », *CDE*, vol. 40, n° 3-4, 2004, p. 297.

² - C. Blumann, « Les compétences de l'Union européenne dans le domaine de l'énergie », *RAE*, n° 4, 2009-2010, p. 737

³ - C. Blumann, « Extension des libertés communautaires (services, aides d'Etat) grâce à une taxe incompatible », *Semaine juridique*, n° 3, 2010, p. 46.

⁴ - C. Blumann, « Frontières et limites », in Colloque de Poitiers SFDI, *La frontière*, Pedone, 1980, p. 3.

⁵ - Nous rappellerons que c'est sous le mandat de Claude Blumann que la CEDECE a organisé le colloque de Poitiers, F. Hervouët (dir.) *La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne*, La documentation française, Collection des actes des colloques de la CEDECE, 2002.

⁶ - C. Blumann, *La fonction législative communautaire*, LGDJ, 1995, 176 p.

⁷ - C. Blumann & F. Picod (dir.), *L'Union européenne et les crises*, Bruylant, Bruxelles, 2011

d'effroi nos étudiants les mieux disposés⁸. Dans cette perspective, c'est sur un phénomène dont l'importance et l'actualité ont été soulignées par une décision récente de la Cour de justice⁹ que je souhaiterais m'appesantir brièvement : « l'agenciarisation » de l'Union, que l'on me pardonne ce barbarisme par ailleurs bien commode¹⁰, et les conséquences que ce processus peut avoir d'un point de vue constitutionnel.

Que recouvre cette expression aussi inélégante qu'imprécise ? Elle renvoie à la « prolifération »¹¹ d'organes spécialisés formant un ensemble hétéroclite au sein ou à l'immédiate périphérie du système institutionnel (*stricto sensu*) de l'Union. Le traité Euratom prévoyait déjà la mise en place d'une agence d'approvisionnement agissant au profit des utilisateurs du secteur. Stigmatisée d'une « idéologie interventionniste »¹², elle manifestait la volonté des rédacteurs du traité de se doter d'un outil d'administration directe. A l'exception de cette hypothèse, ces entités ont par la suite fleuri sur un terreau juridique assez pauvre. Il faut, en effet, attendre les traités de Maastricht et Nice pour que le droit originaire fasse expressément mention d'Europol et d'Eurojust. Le traité de Lisbonne évoque explicitement, dans plusieurs de ses dispositions, les « organes et organismes de l'Union » formule englobant les agences créées à flux continu depuis une quinzaine d'années.

Pour autant, le traité ne contient aucune définition normative de la notion même d'agence. Au-delà de cette incertitude, il est cependant possible d'en recenser les traits principaux. Une agence est un organisme de droit public européen possédant la personnalité juridique. Elle est créée en vue d'accomplir une mission ou une tâche clairement identifiée dans l'acte constitutif. Elle jouit d'une autonomie de gestion et de moyens lui permettant, par exemple, de recourir largement à des personnels contractuels.

On distingue, en l'état actuel du droit de l'Union, trois types (sans qu'existe toutefois de modèle pur et parfait) d'agence, la Commission reconnaissant à chacun des vertus propres :

- Les agences exécutives sont chargées de tâches de gestion. Leur statut est défini dans un règlement cadre du Conseil adopté le 19 décembre 2002¹³. Elles assistent la Commission dans l'exécution des programmes communautaires de soutien financier. La Commission exerce à l'égard de ces agences, compte tenu de la nature des missions qui leur sont assignées, un rôle déterminant quant à leur création, leur organisation et leur fonctionnement. Ces agences peuvent être chargées de la gestion de tout ou partie de programmes communautaires, à l'exclusion des actes comportant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire¹⁴. Les décisions impliquant un choix politique doivent, en principe, rester du seul ressort des institutions elles-mêmes.

⁸ - C. Blumann, « Un nouveau départ pour la comitologie, le règlement n° 182/2011 du 16 février 2011 », *CDE*, 2011, p. 23.

⁹ - CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil*, C-270/12 ; F. Martucci, *Concurrences*, n° 2-2014, chron., p. 187 ; D. Simon, « Délégation de compétences à l'Autorité européenne des marchés financiers », *Europe*, n° 3, mars 2014, comm. 113.

¹⁰ - Préférant parler « d'agencification », J. Chevallier définit ce phénomène comme un « mouvement qui a conduit à la diffusion partout dans le monde, à partir des années 90, d'un principe nouveau d'organisation administrative, traduit par la 'prolifération' d'agences », « Agencification et gouvernance » in Conseil d'Etat, *Rapport public*, La documentation française, 2012, p. 239. Sur ce sujet voir également, J. Molinier, « Agences de l'Union européenne », *Répertoire de droit communautaire*, mars 2012.

¹¹ - J. Chevallier, *L'Etat post-moderne*, Droit et Société, MSH, 2008, p. 93.

¹² - C. Blumann, *La fonction législative communautaire*, op. cit., p. 136.

¹³ - Règlement du Conseil n° 58/2003/CE du 19 décembre 2002, *JOUE*, n° L 11 du 16 janvier 2003 p. 1.

¹⁴ - Rapport Assemblée Nationale n° 3069, op. cit., p. 20

- Les observatoires sont chargés de collecter des informations et des données de caractère technique et scientifique dans leur domaine d'activité spécifique. Ils en assurent la gestion quotidienne. Dépourvus de pouvoir de décision, ces organes constituent le lien entre les institutions de l'Union, les autorités nationales et les milieux concernés. Tel est le cas de l'Observatoire européen des drogues et toxicomanies, l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes et de l'Agence européenne de l'environnement.
- Les agences décentralisées ou de régulation enfin qui peuvent avoir diverses fonctions. Elles sont chargées d'assister la Commission dans la prise de décision par la formulation d'avis et de recommandations scientifiques et techniques. Les agences de régulation peuvent également être chargées d'inspections qui permettront à la Commission d'exercer son office de « gardienne des traités » en toute connaissance de cause (agence européenne de la sécurité maritime). Elles peuvent, enfin, être investies du pouvoir d'édicter des décisions individuelles susceptibles de produire un effet juridique à l'égard des tiers¹⁵ voire de fonctions plus directement opérationnelles (on pense ici par exemple à Frontex).

L'accélération de l'agenciarisation répond manifestement à de multiples attentes. Il est probable que les Etats membres se montrent favorables à la création d'agences en ce qu'elles renforceraient, aux yeux de citoyens trop souvent désabusés, la visibilité d'une Europe « concrète ». Leur sensibilité a, sur ce point, été confortée par la survenance de crises sanitaires, écologiques, migratoires et plus récemment économique et financière¹⁶ qui ont mis en lumière divers dysfonctionnements : une hétérogénéité réglementaire inconciliable avec l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union ; des capacités insuffisantes d'inspection et de contrôle de l'application du droit de l'Union ; un manque chronique de confiance entre Etats membres ; une gestion hasardeuse des risques ; un déficit d'expertise technique. Pour la Commission, les agences contribuent à améliorer la gouvernance de l'Union. Une gouvernance renouvelée et promouvant la régulation des activités plutôt que leur soumission à des logiques de réglementation. Dans un cadre de régulation, l'autorité publique se contente de définir des règles du jeu et de vérifier leur respect, censé permettre une harmonisation des actions des différents acteurs du secteur considéré. La Commission estime ainsi que la création d'agences lui permettrait de se recentrer sur ses missions essentielles de conception, d'initiative politique, et de contrôle du respect du droit de l'Union¹⁷. Elle y voit également une manière de capitaliser les compétences existant dans un secteur de haute technicité et d'améliorer la visibilité pour les acteurs du secteur ou pour le grand public. En cela, la quarantaine d'agences (toutes catégories confondues) existantes est l'un des avatars les plus tangibles d'une gouvernance européenne cédant aux injonctions d'une culture managériale¹⁸. Le concept est alors compris comme l'expression d'un « effort de modernisation de l'action publique permettant d'en assurer l'efficacité »¹⁹. Plus familiers de l'effectivité²⁰, de la validité ou encore de la légitimité, il n'est cependant plus loisible aux juristes de faire l'impasse sur

¹⁵ - Tel est le cas de l'OHMI, OCVV ou de l'agence européenne de la sécurité aérienne.

¹⁶ - T. Tridimas, « Community agencies, competition law, and ECSB on securities clearing and settlement », *Yearbook of European Law*, Vol. 28, No. 1, 2009, p. 216.

¹⁷ - M. Blanquet, « Les agences de l'Union et gouvernance européenne », in J.-F. Couzinet, *Les agences de l'Union européenne, recherche sur les organismes communautaires décentralisés*, Études de l'IREDE, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 43.

¹⁸ - P. Bezes, « Politique et administration en régime néo-managérial. Recomposition, réactivation ou balancier ? », in *Mélanges en l'honneur de J. Chevallier, Penser la science administrative dans la post-modernité*, LGDJ, 2013, p. 409.

¹⁹ - *ibid.*, p. 241.

²⁰ - J. Commaille, « Effectivité », in D. Alland & S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, Quadrige, Dicopoché, 2003, p. 583 ; F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages du droit*, PUF, 1989, p. 126

une exigence à ce point cruciale qu'elle paraît mesurer la « performance » et la qualité du droit. Ordre singulier du fait de son caractère composite, de son essence plurielle et de son enracinement dans des réalités économiques qu'il prétend régir, on peut gager que le droit de l'Union européenne sera, en quelque sorte par son essence même, plus perméable à cet impératif. Une gouvernance mise au service de l'efficacité normative, ce « nouvel impératif juridique »²¹, suscite donc une adaptation des dispositifs présidant tant à la production du droit qu'à l'exécution des politiques qui en résultent. En cela, l'Union n'a finalement fait qu'emboîter le pas à une révolution en vertu de laquelle les Etats eux-mêmes se sont résolus, depuis longtemps déjà, à créer, en marge des chaînes hiérarchiques classiques, des « centres de gestion autonomes », jouissant d'une haute degré d'expertise et étant étroitement connectés aux réalités d'un milieu²². Les agences européennes sont au cœur d'un réseau liant les services de la Commission, les administrations et les autorités de régulation nationales dont elles structurent la coopération²³.

C'est dans ce contexte général qu'il convient de resituer la création de l'Autorité Européenne des marchés financiers (AEMF). Portée sur les fonds baptismaux le 1^{er} janvier 2011, l'AEMF forme avec l'Autorité bancaire européenne²⁴ et l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles un « système » organique désigné collectivement par l'expression « autorités européennes de surveillance »²⁵. L'AEMF scelle la concrétisation du programme de réforme lancé par la Commission européenne après la crise financière de 2008 et le rapport du Groupe de haut niveau présidé par M. Jacques de Larosière²⁶. Mené par l'ancien gouverneur de la Banque de France, ce groupe invitait à un changement d'échelle par un renforcement décisif de la surveillance des marchés financiers. Aussi, l'AEMF doit-elle offrir à l'Union l'expertise nécessaire pour surveiller les marchés financiers européens en appui aux autorités nationales de surveillance²⁷. A cet effet, elle a été dotée d'une gamme très large d'instruments devant lui permettre d'exercer des pouvoirs de régulation, de consultation et de notification en matière de vente à découvert. En ce sens, l'AEMF se distingue des agences de régulation intervenant dans d'autres domaines que celui des marchés financiers. Elle n'est sans doute pas la première à recevoir des compétences robustes d'intervention. Toutefois, la « manière tortueuse dont ces pouvoirs ont été attribués (à l'AESA et l'ECHA par exemple) et les multiples contrôles auxquels ils sont soumis démontrent que l'intention du législateur n'était pas de leur conférer un pouvoir hiérarchique clair sur leurs homologues nationaux »²⁸. L'AEMF est, pour sa part, habilitée sans équivoque à adopter à l'égard d'entités juridiques individuelles des décisions contraignantes se substituant soit à une décision, soit à l'inaction d'une autorité nationale compétente susceptible d'être en désaccord avec une décision prise par l'AEMF. Conformément à l'article 28, paragraphe 11, du règlement n° 236/2012, une mesure édictée par l'AEMF prévaut sur toute mesure antérieure émise par une autorité nationale compétente.

²¹ - F. Rouvillois, « L'efficacité des normes. Réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Working paper, Fondation pour l'innovation politique*, nov. 2006, www.fondapol.org

²² - J. Chevallier, *L'Etat post-moderne, op. cit.*, p. 92 et s.

²³ - E. Chitti, « Existe-t-il un modèle d'agences de l'Union européenne ? », in J. Molinier, *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, p. 73.

²⁴ - Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission, *JOUE* n° L 331, p. 12.

²⁵ - Le considérant n° 10 du règlement n° 1095/2010 utilise le sigle « AES ».

²⁶ - 25 février 2009, http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_fr.pdf

²⁷ - Voir considérants 8 à 12 du règlement n° 1095/2010 et document de travail des services de la Commission SEC (2009) 1234, du 23 septembre 2009, p. 27 et 28.

²⁸ - Conclusions de l'Avocat général N. Jääskinen présentées le 12 septembre 2013 dans l'affaire C-270/12, pt. 24.

Elle devient ainsi probablement « the most powerful of the European Supervision agencies »²⁹.

La multiplication des agences, phénomène dont la création de l'AEMF n'est qu'une illustration il est vrai notable, soulève quantité de questions. On pressent ici qu'il peut s'avérer difficile de trouver un point d'équilibre satisfaisant entre l'efficacité et l'indépendance des agences, d'une part, et le risque que ces dernières, échappant à tout contrôle, ne versent insensiblement dans l'arbitraire. Telle sont sans doute les raisons qui ont conduit le Royaume-Uni à introduire un recours en annulation à l'encontre du règlement n° 236/2012. Une réaction qui témoigne de la crainte que la création d'une agence puisse affecter l'équilibre institutionnel, favoriser l'émergence d'organes disposant de pouvoirs allant très au-delà de ce que la jurisprudence autorise ou encore soustraire une partie importante de l'action publique aux contrôles sans lesquels il serait vain de parler d'Union de droit.

1- « Agenciarisation » et principe d'équilibre institutionnel

La création d'une agence dotée à l'instar de l'AEMF de pouvoirs étendus semble, à première vue, de nature à troubler l'équilibre devant présider à l'organisation et au fonctionnement du système institutionnel.

On le sait, d'origine jurisprudentielle³⁰ le principe d'équilibre est « paradigmatique »³¹ d'un dispositif institutionnel qui ne s'est jamais coulé dans l'un des grands modèles constitutionnels présidant à l'organisation des systèmes politiques internes. Ainsi, il ne saurait être question, dans ce cadre, de séparation des pouvoirs mais d'une distribution de ceux-ci entre des institutions appelées à collaborer dans l'exercice des fonctions législatives et exécutives sans toutefois que leur autonomie puisse en être affectée. Il remplit plusieurs fonctions.

Il peut être perçu comme une règle de (bonne) conduite ou, si l'on préfère, de comportement que les institutions doivent, sans exception, intégrer car elle vise à assurer la cohérence de l'ordre « constitutionnel » instauré par les rédacteurs du traité. A ce titre, ce principe est d'abord destiné à protéger les institutions les unes par rapport aux autres. Dans cette perspective, il règle les relations entre les institutions « tout au long du processus de décision, d'exécution et de sanction » du droit de l'Union³². Il a pour conséquence d'imposer aux institutions, sous peine de ruiner « l'équilibre voulu par le traité », le respect du champ des compétences de chacune par les autres³³.

Le principe d'équilibre apparaît également comme une « règle de conflit » à l'aune de laquelle la Cour dénouera les différends opposant les institutions. Répétons que la Cour vise moins à préserver ici un équilibre idéal qu'à rétablir, à chaque fois que cela est nécessaire, l'institution ou l'organe lésé dans les droits que lui confère le traité. Le juge protège l'intégrité des compétences telles qu'attribuées par le traité. La Cour évitera ainsi qu'une institution ne soit « écrasée » par l'effet de la désinvolture qu'autoriserait la détention de l'essentiel d'un

²⁹ - T. Tridimas, « Financial supervision and agency power : reflections on ESMA », in N. Suibhne & L. Gormley, *From single market to economic union : essays in Memory of John A. Usher*, UPO, 2012, p. 59.

³⁰ - CJCE, 13 juin 1958, *Meroni*, aff. 9/56, *Rec.* p. 16.

³¹ - V. Constantinesco, « L'équilibre institutionnel dans la Constitution de l'Union européenne », *Le droit de l'Union européenne en principes, Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Apogée, Rennes, 2006, p. 481.

³² - C. Schmitter, « Équilibre institutionnel », in A. Barav & C. Philip [dir.], *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 475

³³ - En ce sens, le principe de l'équilibre institutionnel « implique que chacune des institutions exerce ses compétences dans le respect de celles des autres », CJUE, 6 mai 2008, *Parlement c. Conseil*, C-133/06, *Rec.* I-3189.

pouvoir par un autre organe. Au-delà de sa fonction de protection et de conservation de l'ordre institutionnel existant, le principe de l'équilibre institutionnel a également permis d'encadrer les mutations institutionnelles qui ont jalonné, depuis l'origine, l'histoire de la construction européenne.

Dans la mesure où il traduit juridiquement des rapports de force politiques variant au gré des révisions des traités, ce principe est affecté, sur le plan substantiel au moins, d'une inévitable contingence. En ce sens, le dispositif institutionnel doit se montrer tout à la fois stable et adaptable en fonction des mutations sociales. Il ne s'agit nullement de rechercher ici un équilibre parfait mais bien plutôt d'offrir à un ensemble complexe la possibilité de fonctionner le plus efficacement possible. En d'autres termes, s'il ne permet pas d'éradiquer les risques d'interférences organiques ou de subordinations incidentes le principe d'équilibre répond, en revanche, à l'exigence du réalisme institutionnel et politique. C'est probablement cette malléabilité qui en explique la pérennité. Telle la perche qui permet au funambule de conserver son équilibre, le principe vise à atténuer les déstabilisations fréquemment induites par les novations institutionnelles. C'est lui que l'on évoquera parfois et avec une fortune variable pour modérer les ardeurs réformatrices de certaines institutions. Tel est clairement le sens du premier moyen soulevé par le Royaume-Uni dans l'affaire C-270/12 lorsqu'il estimait que les pouvoirs attribués, par l'article 28 du règlement n° 236/2012, à l'AEMF outrepassaient les limites fixées par la Cour dans l'arrêt *Meroni* en matière de délégation de pouvoirs.

Le Royaume-Uni stigmatisait le fait que l'appréciation des critères conditionnant l'intervention de l'AEMF implique un « très large pouvoir discrétionnaire ». Lorsque l'agence doit déterminer s'il existe ou non une « menace » pesant sur le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou sur la stabilité de l'ensemble ou d'une partie du système financier elle émet un « jugement hautement subjectif »³⁴ ou qu'elle doit apprécier l'impact des mesures projetées elle s'appuie sur des « jugements de fond indéterminables »³⁵. Cette discrétionnalité serait encore soulignée par le fait que l'agence « dispose d'un large éventail de choix en ce qui concerne la ou les mesures à imposer ainsi que les éventuelles exceptions à prévoir ». Ce faisant, elle pourrait prendre des décisions de nature à avoir « des implications très significatives en matière de politiques économique et financière ». Le fait que les mesures prises par l'AEMF soient théoriquement temporaires « ne modifie en rien leur nature fondamentale » dans la mesure où elles pourraient avoir, en méconnaissance des principes établis dans l'arrêt *Meroni*, des conséquences significatives à long terme, notamment un impact sur la liquidité des marchés, et entraîner des effets potentiellement durables sur la confiance globale dans ces derniers »³⁶.

La Cour rappelle qu'il convient de distinguer les délégations selon qu'elles visent soit à attribuer 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 » soit à conférer un « pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique ». Or, pour les juges de Luxembourg une délégation du « premier type » n'est pas susceptible « de modifier sensiblement les conséquences qu'entraîne l'exercice des pouvoirs qu'elle affecte », alors « qu'une délégation du second type, en substituant les choix de l'autorité délégataire à ceux de l'autorité délégante, opère un « véritable déplacement de

³⁴ - pt. 29.

³⁵ - pt. 31.

³⁶ - pt. 33.

responsabilité». Soucieuse d'inscrire son raisonnement dans la droite ligne de sa jurisprudence inaugurée en 1958, la Cour relève donc que l'article 28 du règlement 236/2012 n'octroie aucune compétence autonome à l'AEMF plaçant celle-ci hors du cadre réglementaire établi. Partant, elle passe en revue l'ensemble des éléments factuels de nature à accréditer cette lecture bienveillante du règlement entrepris. A cet égard, elle estime que l'AEMF n'est autorisée à prendre des mesures contraignantes que si celles-ci répondent à des menaces pesant sur le bon fonctionnement et l'intégrité des marchés financiers ou sur la stabilité de l'ensemble ou d'une partie du système financier à l'intérieur de l'Union et qui ont des implications transfrontalières. De plus, son intervention est subordonnée à l'inaction des autorités nationales compétentes ou à l'adoption par ces dernières de mesures inappropriées à la situation. L'Autorité doit, en outre, s'assurer de l'impact positif des mesures envisagées. La mise en œuvre des pouvoirs qui lui sont délégués est donc soumise à la réunion d'une multitude de conditions cumulatives. Dès lors qu'il est satisfait à ces exigences, l'AEMF peut agir mais toujours dans le cadre strictement fixé par l'article 9 § 5 du règlement. Enfin, elle est tenue de consulter le Comité européen du risque systémique (CERS)³⁷ et de notifier aux autorités nationales compétentes le contenu et les motifs sous-tendant la mesure envisagée. Une fois prise, celle-ci devra être réexaminée à intervalles réguliers et au moins tous les trois mois. La marge de manœuvre de l'AEMF paraît donc doublement contrainte tant par l'existence de cette obligation de consultation et de motivation que par le caractère temporaire des mesures autorisées. Ce sentiment est encore renforcé par le fait que la Commission peut, en tant que de besoin, préciser par actes délégués les critères et facteurs à prendre en compte par les autorités nationales aussi bien que par l'agence. En conclusion, l'AEMF dispose selon la Cour de pouvoirs précisément encadrés et susceptibles d'un contrôle juridictionnel au regard des objectifs définis par l'autorité délégante. La Cour s'en tient donc aux exigences qui structurent, depuis 1958, une jurisprudence hiératique.

On peut toutefois se demander si elle ne parvient pas à ce résultat au prix d'une distorsion (vertueuse) de la réalité. En effet, l'affaire C-270/12 confirme si besoin était combien la frontière séparant les pouvoirs d'exécution des pouvoirs comportant l'exercice d'une marge de discrétion plus ou moins large a tendance à se brouiller³⁸. Il est vrai que la Cour a, en d'autres circonstances, considéré que dans certains domaines (telle la PAC) la notion de compétence d'exécution devait être interprétée largement afin de tenir compte tant de l'économie des traités que des exigences de la pratique³⁹. Sans doute, faut-il en déduire que, derrière l'apparente rigueur d'attendus de principe que la Cour ne manque jamais de rappeler, la jurisprudence *Meroni* offre un cadre de référence très lâche (ce qui en explique probablement la longévité) permettant au juge d'ajuster son appréciation en fonction des

³⁷ - Institué par le Règlement (UE) n° 1092/2010 du Parlement européen et du Conseil, du 24 novembre 2010, relatif à la surveillance macroprudentielle du système financier dans l'Union européenne et instituant un Comité européen du risque systémique, *JOUE* n° L 331, p. 1.

³⁸ - Les compétences d'exécution sont enfermées dans un cadre dont les contours restent en effet difficiles à appréhender de manière précise. Dans un arrêt *Allemagne c. Commission*, la Cour avait considéré que la qualification « d'éléments essentiels d'une législation » devait être réservée aux dispositions qui « ont pour objet de traduire les orientations fondamentales de la politique communautaire » (Arrêt du 27 octobre 1992 (C-240/90, Rec. p. I-5383). Dit autrement, les limites des compétences d'exécution sont d'abord définies par référence aux caractéristiques de la politique considérée, au champ d'action plus ou moins large conféré à la Commission par la disposition habilitante, au contenu, aux finalités et à l'économie générale de l'acte de base. Dans un arrêt CJUE, 5 septembre 2012, *Parlement c. Conseil*, C-355/10, la Cour, en revanche, jugé que l'adoption de règles attribuant, au terme d'un exercice de pondération d'intérêts divergents, des pouvoirs de coercition aux unités chargées de la surveillance des frontières nécessite des choix politiques relevant des responsabilités propres du législateur. Le juge s'est montré sensible au fait qu'il est dans la nature même de prérogatives dont l'exercice est susceptible d'interférer avec les droits de souveraineté d'États tiers (selon le pavillon des navires concernés) d'induire une évolution majeure au sein du système du Code des frontières Schengen qui ne pouvaient à l'évidence être initiées sous couvert de simples mesures d'exécution.

³⁹ - Par ex. CJCE, 30 octobre 1975, *Rey Soda*, aff. 23/75, Rec. p. 1279.

données propres à chaque espèce. Sa préoccupation est ici de trouver un moyen terme acceptable entre l'idée qu'une délégation (effectivement) utile ne soit pas conçue de manière excessivement restrictive et la nécessité d'en prévenir les dérives. Si l'on peut considérer que la jurisprudence *Meroni* était étayée par le souci de ne pas favoriser une dispersion de la fonction exécutive, le temps n'est manifestement plus à la centralisation de ce pouvoir entre les mains de la seule Commission.

L'implication croissante de l'Union dans l'évaluation de risques complexes et le traitement de menaces systémiques rend à l'évidence d'autant plus nécessaire la création d'organes péri-institutionnels offrant des ressources d'expertises sans lesquelles il serait hasardeux d'imaginer que l'Union puisse agir efficacement dans un contexte de crise. Au-delà, les agences apparaissent, d'un point de vue politique, comme « a golden compromise »⁴⁰ en ce qu'elles constituent un modèle à la fois centralisé et respectueux des intérêts des Etats membres. Au cœur d'un réseau collaboratif, elles aident à la formulation de solution transcendant les préoccupations étroitement nationales. Partant, les raisons pour lesquelles la Cour procède à une analyse « minorante » des pouvoirs conférés à l'AEMF s'éclairent. En choisissant d'adosser sa démonstration principalement aux modalités d'encadrement et de contrôle appliquées à l'AEMF, elle sous-estime volontairement le fait que les pouvoirs délégués à cet organe sont empreints d'une forte discrétionnalité. En effet, l'agence jouit d'un pouvoir de qualification substantiel en vertu duquel il lui revient de déterminer si une situation appelle une intervention urgente. Si l'on veut bien excepter le critère lié à l'inaction des autorités nationales dont il faut admettre le caractère purement objectif, toutes les conditions mises à l'exercice de ses pouvoirs laissent en réalité à l'agence une liberté d'appréciation dépassant de loin ce qu'impliquerait une lecture littérale de la jurisprudence *Meroni*. Il ne saurait y avoir de délégations « gratuites » c'est-à-dire ne répondant pas à une nécessité avérée. De même, il reste impossible à l'autorité délégante de conférer à l'agence délégataire des compétences dont elle ne disposerait pas elle-même. En revanche, le principe d'équilibre institutionnel, tel qu'il avait été consacré par cet arrêt « étalon », semble pouvoir s'accommoder de l'attribution d'un pouvoir par essence discrétionnaire au profit d'une agence dont la fonction régulatrice n'est contestée par aucun observateur.

Dans le même temps, la Cour, chargée des arbitrages ultimes, doit s'assurer que l'attribution de pouvoirs substantiels ne minera pas l'équilibre institutionnel ni ne contreviendra aux exigences les plus élémentaires du principe démocratique. Si les agences doivent, et l'AEMF n'échappe pas à cette sujétion, pouvoir remplir les missions souvent complexes qui en justifient la création, elles ne sauraient en revanche être soustraites à l'impératif « d'accountability ». C'est précisément cet équilibre que la Cour s'est efforcée de privilégier par une lecture renouvelée de la jurisprudence *Meroni*.

2- Les risques (limités) de fragmentation de la fonction normative

L'affaire C-270/12 pose la délicate question de savoir si une agence peut se voir reconnaître le pouvoir d'édicter elle-même des actes quasi-législatifs de portée générale sans contrevenir au principe posé dans son arrêt *Romano*⁴¹.

On sait que l'AEMF a reçu des compétences denses et étendues par l'effet du règlement 1095 /2010. A ce titre, elle est chargée de contribuer à la « création de normes et de pratiques communes de grande qualité en matière de réglementation et de surveillance, notamment en

⁴⁰ - T. Tridimas, *op. cit.*, p. 63.

⁴¹ - CJCE, 14 mai 1981, *Romano c. INAMI*, aff. 98/80, *Rec.* p. 1241.

fournissant des avis aux institutions de l'Union et en élaborant des orientations, des recommandations et des projets de normes techniques de réglementation et d'exécution »⁴². A l'instar d'autres agences de régulation, l'Autorité exerce donc un magistère d'influence qui va très au-delà de ce que laisserait supposer le caractère apparemment consultatif de son intervention. Lorsque l'agence du médicament, par exemple, exprime des hésitations quant à l'innocuité d'un produit ou l'opportunité de l'autorisation de sa mise sur la marché, il y a fort à parier que la Commission s'alignera (au nom du principe de précaution) sur cette position⁴³. De même, lorsqu'elle a l'intention de ne pas approuver un projet de norme technique formulé par l'AEMF ou de s'en écarter même partiellement, la Commission doit renvoyer ce projet à l'Autorité en indiquant les raisons motivant ses réserves. Si le dernier mot appartient indéniablement au Collège, il n'en demeure pas moins que ce dispositif procédural place l'agence dans une position particulièrement favorable car l'organe qui informe la décision n'est pas celui qui en assume juridiquement et politiquement la responsabilité. On assiste ainsi au déplacement du centre de gravité des processus de décision au profit de l'instance experte.

Dans l'affaire C-270/12 le Royaume-Uni relevait, à l'appui de son recours, que les prérogatives confiées à l'AEMF lui permettaient d'édicter des actes affectant l'ensemble des personnes réalisant des transactions au moyen de ventes à découvert. En effet, l'Autorité est appelée à adopter, dans des cas précis, des actes de portée générale ou des mesures pouvant s'adresser à toutes personnes physiques ou morales détenant une catégorie d'instruments financiers ou procédant à certaines transactions financières. Pour autant, la Cour refuse de considérer que l'article 28 du règlement 236/2012 méconnaît le principe en vertu duquel elle a observé qu'il résultait « tant du droit primaire en matière de compétences conférées par le Conseil à la Commission pour l'exécution de règles que ce premier établit que du système juridictionnel mis en place par le traité [CEE] qu'un organe, tel que celui en cause dans l'affaire ayant donné lieu à [l'arrêt *Romano*], en l'occurrence une commission administrative, ne peut être habilité par le Conseil à arrêter des «actes revêtant un caractère normatif». Selon la Cour, une décision d'un tel organe, tout en étant susceptible de fournir une aide aux institutions chargées d'appliquer le droit de l'Union, n'est pas de nature à obliger ces dernières à suivre certaines méthodes ou à adopter certaines interprétations lorsqu'elles procèdent à l'application des règles de l'Union. La Cour en a conclu que la décision litigieuse adoptée par cette commission administrative «ne liait pas» la juridiction de renvoi »⁴⁴.

Aussi, juge-t-elle, à juste raison, que le cadre institutionnel établi par le TFUE et notamment les articles 263, alinéa 1er, et 277 autorise explicitement les organes et organismes de l'Union à adopter des actes de portée générale. Ajoutons que l'octroi de pouvoirs exorbitants au bénéfice de l'AEMF dépend en premier lieu de la réalisation de « circonstances strictement circonscrites »⁴⁵. Dit autrement, leur exercice s'inscrit dans un registre réactif plus que systématique. Par ailleurs, la délégation dont jouit ici l'Autorité ne porte que sur des pouvoirs (notamment) d'exécution dont la teneur est strictement définie. Enfin, l'AEMF poursuit sa mission en étant soumise à un aléa judiciaire dont on sait qu'il maintient la démocratie européenne sur le chemin de la légalité, quelles que soient les mutations qu'elle connaît. La

⁴² - Article 8, § 1, a).

⁴³ - Sans doute convient-il de nuancer cette appréciation ou au moins de relever que la Commission elle-même veille à maintenir les apparences. C'est ainsi que la Commission a pu rappeler qu'elle « accorde un rôle important à l'autorisation des médicaments dans l'Union européenne » mais qu'elle « ne suit pas aveuglément les avis de l'Agence européenne du médicament (AEM) et, ces trois dernières années, ses services lui ont demandé de préciser certains aspects de ses avis sur les autorisations de mise sur le marché dans plus de 50 cas », Réponse donnée par M. Borg au nom de la Commission (31 octobre 2013) à une question posée par le député M. Tarabella (18 septembre 2013, Question avec demande de réponse écrite E-010624/13).

⁴⁴ - pt 20 de l'arrêt *Romano*.

⁴⁵ - CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil*, C-270/12, pt. 98.

légitimité politique et juridique du système procède pour une large part de l'existence de mécanismes juridictionnels permettant ajustement salutaire entre les exigences de l'action et celles du contrôle.

3- Une délégation s'inscrivant dans un cadre juridique spécifique

Sur quelle base juridique le législateur peut-il s'appuyer lorsqu'il envisage de déléguer à une agence des prérogatives substantielles ? Est-il même envisageable qu'une agence puisse se voir attribuer de tels pouvoirs alors qu'une lecture (cursive) du traité semblerait l'exclure ... Telle était en tous cas la thèse défendue par le Royaume-Uni à l'appui de son recours contre l'article 28 du règlement 236/2012. Le gouvernement requérant interprétait les articles 290 et 291 TFUE comme scellant l'impossibilité pour le Conseil et le Parlement de conférer à une agence des prérogatives dont seule la Commission pourrait (ou devrait) être attributaire.

Dit autrement, en dehors du Collège, nul organe ou organisme de l'Union ne pourrait se voir reconnaître le pouvoir d'édicter des actes délégués ou d'exécution. Cet argument soulève en réalité une question dépassant de loin le cadre de l'affaire C-270/12. Il s'agissait, en effet, pour la Cour de statuer sur le point de savoir si les articles 290 et 291 TFUE devaient être considérés comme le seul cadre juridique en vertu duquel des pouvoirs délégués ou d'exécution pourraient être confiés, en l'occurrence, à une agence. Retenir, sur ce point, une analyse restrictive du traité reviendrait à réserver à la Commission la qualité exclusive de destinataire d'une telle délégation. Cette option aurait inmanquablement pour conséquence de condamner les agences à ne disposer que de sabres de bois pour mener à bien les missions délicates qui leur sont confiées. A l'inverse, conclure comme le fera la Cour à une diffraction du cadre juridique conduit à reconnaître au législateur la faculté de conférer à des organes ou organismes de l'Union de tels pouvoirs en dehors du cercle finalement étroit des articles 290 et 291 TFUE.

La Cour étaye son raisonnement en relevant tout d'abord que si les traités ne comportent aucune disposition prévoyant expressément l'octroi de compétences à un organe ou un organisme de l'Union, plusieurs autres dispositions présupposent qu'une telle possibilité existe. Les articles 263, 265, 267 et 277 TFUE aménagent des mécanismes juridictionnels s'appliquant tous aux organes et organismes de l'Union que le législateur aurait pourvu du pouvoir d'adopter des actes juridiquement contraignants⁴⁶. Elle poursuit en soulignant le fait que l'attribution de pouvoirs décisionnels à l'AEMF s'explique par la nécessité d'articuler expertise professionnelle et technique spécifique. Si l'argument justifie, avec autorité, le choix du Conseil et du Parlement de doter une agence stratégique des prérogatives lui permettant de faire face efficacement à la crise du système financier, on voit moins en quoi il validerait la mise à l'écart des articles 290 et 291 TFUE. Il est vrai que le juge souligne qu'aucun des pouvoirs conférés à l'Autorité ne correspond aux cas de figures circonscrits par ces dispositions. On peut se demander si la Cour n'entend pas singulariser, compte tenu de cette atypicité, les modalités de délégation de pouvoirs fortement techniques par rapport aux conditions de « droit commun » établies par les articles 290 et 291 TFUE. A cet égard, la Cour veille à replacer l'article 28 du règlement 236/2012 au cœur d'un système complexe, le SESF, dont il constitue l'une des pièces maîtresses⁴⁷.

⁴⁶ - La Cour illustre son propos en évoquant le cas de plusieurs autres agences : l'Agence européenne des produits chimiques, l'Agence européenne des médicaments, l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (marques, dessins et modèles), l'Office communautaire des variétés végétales ainsi que l'Agence européenne de la sécurité aérienne (pt. 81).

⁴⁷ - F. Martucci, *op. cit.*, sp. p. 189.

L'attribution de pouvoirs de régulation tangibles à une agence peut témoigner, comme pour ce qui concerne l'AEMF, de la volonté de ses promoteurs d'achever l'intégration d'un marché soumis aux fortes turbulences dues à la crise financière. Il s'agit ainsi d'aller au-delà d'une action de législation classique pour « développer une implication plus étroite au cœur même de l'activité » considérée⁴⁸. Dans cette perspective, l'article 28 du règlement 236/2012 constitue bien pour la Cour une mesure susceptible d'être fondée sur l'article 114 TFUE. Lorsqu'il entend s'appuyer sur cette disposition, le législateur jouit d'une marge d'appréciation quant à la technique de rapprochement des règles nationales la plus appropriée afin d'aboutir aux résultats souhaités, particulièrement quand la réalisation de celui-ci requiert des analyses élaborées. Cette liberté peut amener le Conseil et le Parlement à instituer un organisme chargé de contribuer à la réalisation d'un processus d'harmonisation⁴⁹. La Cour juge que l'article 114 TFUE offre *a fortiori* au Conseil et au Parlement une base juridique propre à autoriser une agence à disposer du pouvoir d'adopter des décisions à caractère général et individuel lorsque ces mesures appellent une expertise professionnelle et technique particulière ainsi qu'une capacité réactive⁵⁰. A cet égard, les prérogatives dont l'AEMF est attributaire constituent une manière adéquate de préserver, en dernier recours (c'est-à-dire à défaut d'une intervention convaincante des autorités nationales compétentes), l'objectif supérieur de stabilité financière⁵¹.

*

*

*

Par son arrêt du 22 janvier 2014, la Cour reconnaît, dans certaines limites, au législateur de l'Union le droit de déléguer ses pouvoirs à des entités légalement établies dans la mesure où une expertise professionnelle et technique particulière alliée à une capacité réactive sont nécessaires à la satisfaction d'une exigence d'intérêt général. Se faisant, elle contribue sans doute à dénouer le « condundrum » *Meroni*⁵². Cette jurisprudence doit désormais être interprétée avec toute la souplesse que suppose l'adaptabilité des dispositifs institutionnels en temps de crise. Ajoutons que cette évolution intervient à un moment où, par ailleurs, la Commission s'est engagée à renforcer le rôle des agences exécutives par un accroissement de la délégation des programmes mis en œuvre par ses services⁵³.

Si l'agenciarisation accélérée de l'Union est perçue comme un vecteur d'efficacité elle reste, paradoxalement, un facteur de confusion institutionnelle. Le nombre grandissant d'agences et des risques de chevauchements de compétences que cela induit, la difficulté à distinguer ce qui relève de choix essentiels et ce qui n'appelle que des mesures de simple exécution, la

⁴⁸ - M. Blanquet & N. De Grove-Valdeyron, « Le recours à des agences de l'Union en réponse aux questions de sécurité », in J. Molinier, *Les agences de l'Union européenne*, Bruylant, 2011, p. 87.

⁴⁹ - CJCE, 2 mai 2006, Royaume-Uni c. Parlement européen et Conseil, C-217/04, Rec. p. I-3771 ; en l'espèce était en cause la création de l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information. Sans être exhaustif, on peut rappeler que tel est également le cas pour l'Agence européenne chargée de la sécurité des réseaux et de l'information, l'Agence européenne de sécurité des aliments ou encore l'Agence européenne de la sécurité aérienne. Ces entités sont tendues vers l'objectif de préserver, chacune dans son secteur de compétence, le fonctionnement du Marché intérieur, sur ce point, M. Blanquet & N. De Grove-Valdeyron, *op. cit.*, pp. 81 et s.

⁵⁰ - pt. 105

⁵¹ - La Cour a en effet posé que « le respect [de la discipline budgétaire] contribue à l'échelle de l'Union à la réalisation d'un objectif supérieur, à savoir le maintien de la stabilité financière de l'Union monétaire » (CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, C-370/12, pt. 135).

⁵² - T. Tridimas, *op. cit.*, pp. 59 et s..

⁵³ - COM (2013) 719 final, « Lettre rectificative n°2 au projet de budget général 2014 : état des dépenses par section », 16 octobre 2013, pp. 13 et s.

lancinante question de la légitimation démocratique d'organes dont la vocation reste technique, accentuent sans doute cette impression. Un inconfort que l'accord interinstitutionnel du 12 juillet 2012 sur une approche globale n'est pas parvenu à dissiper. Il est probable que trop d'arrière-pensées subsistent chez les différents protagonistes. Cette multiplication d'entités péri-institutionnelles s'apparente (trop) souvent à une « fuite en avant » trahissant une absence préoccupante de vision à long terme⁵⁴. Les Etats ou le Conseil sont, du reste, parfois enclins à une forme de schizophrénie : poussant à la création d'agences dont ils semblent espérer qu'elles ne portent pas les fruits qu'ils prétendaient en attendre ... Ainsi, reste-on saisi par l'incapacité du Bureau européen d'asile à remplir correctement son mandat alors qu'affluent les demandeurs de protection en provenance de l'arc de crise entourant l'Union. De même, l'efficacité du travail des agences les plus actives dans la protection de la sécurité intérieure de l'Union dépend-elle de la coopération des Etats⁵⁵. Or, en l'espèce et sans considération pour le caractère éminemment stratégique de nombre des affaires dont il est ici question, l'engagement des Etats demeure souvent très en deçà de ce que l'on peut en attendre⁵⁶. Que dire encore de la curée médiatique dont l'agence Frontex est régulièrement la cible dans l'opinion, sans que cela n'émeuve les gouvernements ou les institutions de l'Union, alors que son renforcement technique et financier devrait être une priorité bien comprise ...

Une évolution heurtée qui, avouons-le, laisse perplexe alors que, comme le soulignait il y a bientôt vingt ans C. Blumann, « l'Union européenne, les Etats membres ont tout intérêt à clarifier la situation encore plus dans un contexte de doute et d'interrogation sur l'avenir de la construction européenne »⁵⁷.

⁵⁴ - H. Labayle, S. Peers, E. De Capitani, « Le prochain Programme en matière JAI : quelle aptitude à relever les défis de l'Union ? », <http://www.gdr-elsj.eu>.

⁵⁵ - M. Blanquet & N. De Grove-Valdeyron, *op. cit.*, pp. 120 et s.

⁵⁶ - L. Dumoulin, « La stratégie européenne de lutte contre le terrorisme : dernier rapport du coordinateur de la lutte contre le terrorisme de l'Union », 16 juin 2012, <http://www.gdr-elsj.eu>.

⁵⁷ - C. Blumann, *La fonction législative communautaire, op. cit.*, p. 2.