

LES PROCEDURES DE "FABRICATION DE NORMES" (*RULE MAKING*) AU SEIN DES AGENCES EUROPEENNES

François Lafarge, CERA, ENA

- Document de travail -
Merci de ne pas citer

1 Le préalable de la question du pouvoir normatif des agences européennes

Les agences sont au centre d'une équation délicate. D'un côté, leur création correspond à une véritable nécessité d'ordre pratique, la même que celle qui a accompagné, à des époques diverses, la création d'agence dans la plupart des Etats membres de l'Union européenne et en Amérique du Nord : les pouvoirs publics cherchaient des expertises techniques dont leurs propres structures ne disposaient pas. Parfois, cette expertise peut, ou même doit, se traduire par l'adoption de normes. D'un autre côté, ces agences, qui n'étaient pas prévues par les traités, ne peuvent être dotées de trop de pouvoirs sous peine de porter atteinte soit aux règles communautaires qui encadrent les délégations de pouvoir depuis l'arrêt *Meroni* de 1958¹, soit aux équilibres politico-institutionnels, principalement aux compétences exécutives de la Commission, par ailleurs fortement entamées par la comitologie². En conséquence, et pour être rapide, les agences n'ont pas besoin de disposer de pouvoir normatif vu la nature de leurs attributions et elles ne doivent pas en disposer vu le contexte institutionnel dans lequel elles opèrent.

¹ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. 9-56, Rec. 11. L'autorité délégante ne peut investir l'autorité délégataire de pouvoirs différents de ceux qu'elle-même a reçus du traité (§8). Les pouvoirs délégués, toujours d'exécution (§8), ne peuvent contenir de larges marges d'appréciation discrétionnaire (§9).

² Dehousse R., "Delegation of Power in the European Union : The Need for Multi-Principals Model", Connex Thematic Conference on Accountability, RSC/EUI, discussion paper, 2006-7/Connex2-3.

Et force est de constater que malgré certaines ambiguïtés de langage (*regulatory agencies*), il n'existe pas d'agence disposant d'un véritable pouvoir normatif³. Les agences sont en effet compétentes, soit pour adopter des décisions individuelles sur le fondement de normes primaires adoptées par le législateur (le Conseil et le Parlement) ou secondaires (la Commission à la suite de procédures de comitologie), soit pour faire des propositions de textes de rang et de portées variés à la Commission, soit enfin pour exercer des tâches de coordination et d'information dans un domaine donnée⁴⁵.

Il faut toutefois introduire quelques précisions en fonction de certaines catégories de normes.

Tout d'abord il est nécessaire d'indiquer que les agences peuvent en général adopter les normes intérieures qui les concernent et qui ne sont pas *a priori* destinées à produire des effets de droit en dehors d'elles. Il peut s'agir de normes explicitement prévues dans les statuts des agences (les règlements fondateurs)⁶ mais aussi, implicitement, de normes adoptées en fonction de nécessités liées au fonctionnement concret de l'agence⁷. Toutefois, le pouvoir d'élaborer de telles normes intérieures n'est pas entièrement remis aux agences lorsqu'il peut atteindre des tiers. C'est par exemple le cas des règles de procédure, de présentation et de soumission des demandes d'autorisation vis-à-vis desquelles les agences ne disposent en général que d'un pouvoir de proposition auprès de la Commission.

³ Le périmètre de ce travail exclut les agences strictement chargées de tâches d'exécution et s'intéresse surtout aux agences créées dans le cadre du 1^{er} pilier. Toutefois les agences créées dans le cadre des 2^o et 3^o pilier ne sont pas *a priori* exclues car la problématique reste la même bien que le contexte change.

⁴ Comme l'indique la Commission elle-même dans ses communications successives sur ce sujet, les agences dites régulatrices peuvent exercer une ou plusieurs des tâches suivantes : « adopter des décisions individuelles qui produisent des effets juridiques contraignants à l'égard des tiers ; fournir une assistance directe à la Commission et, le cas échéant, aux Etats membres dans l'intérêt communautaire, sous forme d'avis technique et scientifique et/ou de rapports d'inspection ; mettre en réseau et organiser la coopération entre les autorités nationales compétentes dans l'intérêt communautaire en vue de collecter, d'échanger et de comparer l'information et les bonnes pratiques », Commission, *Projet d'accord interinstitutionnel pour un encadrement des agences européennes de régulation*, 25 février 2005, COM(2005)59 final

⁵ Edoardo Chiti, "Decentralised Integration as a New Model of Joint Exercise of Community Functions: A Legal Analysis of European Agencies", 68 *Law & Contemp. Probs.* 219.

⁶ Comme les règlements intérieurs ou des codes de conduite. L'article 63.2 du règlement n° 726/2004 du 31 mars 2004 instituant une Agence européenne des médicaments prévoit que l'agence se dote d'un code de conduite où sont entre autres prévus les questions relatives à l'acceptation de dons. Plus largement, l'agence européenne pour la sécurité aérienne est, dans le but d'exercer les missions qui lui sont confiées, compétente pour prendre « les mesures nécessaires dans les limites qui lui sont conférées par le présent règlement ou un autre acte communautaire », règlement 1592/2002, article 12.

⁷ On notera que c'était à propos d'une « norme » de ce genre, les règles relatives à un recrutement auprès d'une agence du 3^o pilier (Eurojust) que la Cour a perdu une occasion d'élargir son contrôle (aff. C-160/03). On peut lire dans la conclusion de l'avocat général Maduro que « il convient d'accueillir un recours contre un organe en tant qu'il a une fonction normative, même si celle-ci demeure exceptionnelle » (§20) ce qui était le cas puisque Eurojust ne dispose pas de compétences normatives même si, dans le cadre du système du traité CE, un recours en annulation peut être dirigé contre tous les actes produisant des effets juridiques, quels que soient leur nature, leur forme ou leur auteur.

Ensuite, il n'est sans doute pas inutile d'évoquer une autre catégorie particulière de « norme » que les agences peuvent adopter et appliquer : les directives. Directives entendues ici au sens classique des droits administratifs internes comme les orientations que les autorités administratives disposant d'un pouvoir de décision individuelle adoptent en vue de l'exercer dans une certaine direction et à certaines conditions⁸. D'ailleurs, cette terminologie de directive tend à disparaître afin de ne pas créer de confusion avec les directives communautaires et à être remplacé par l'expression de normes d'orientation. Leur nombre et leur importance est évidente en droit communautaire dans les domaines du contrôle de la concurrence, domaines où la Commission (DG concurrence) dispose de pouvoirs d'autorisation propres (aides d'Etat, concentration, ...). Dans ces domaines, la Commission s'est systématiquement dotée, en dehors de toute habilitation de la part du législateur, de documents appelés « orientations ». A titre d'exemple l'article 2 du règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises dispose que la Commission apprécie les opérations de concentration visées par ledit règlement en vue d'établir si elles sont ou non compatibles avec le marché commun. Dans son projet sur l'appréciation de concentrations non horizontales du 13 février 2007, la Commission s'est donnée pour objet de fournir des orientations sur la manière dont elle apprécie les concentrations dans lesquelles les entreprises concernées sont des concurrents existants ou potentiels sur le même marché en cause. La question de savoir si ce pouvoir d'orientation est impliqué par le pouvoir de décision individuelle (comme dans le cas qu'on vient de voir) ou s'il dépend encore du pouvoir normatif qui est à l'origine de la norme sur le fondement de laquelle les décisions individuelles sont adoptées par l'autorité en question n'a pas partout été tranchée⁹. L'exercice d'un tel pouvoir pourrait en effet renforcer l'autonomie de celles des agences qui disposent de compétences en matière de décisions individuelles (l'office d'harmonisation du marché intérieur, l'office communautaire des variétés végétales et l'agence européenne pour la sécurité aérienne qui délivre les certificats de navigabilité des

⁸ Normes d'orientation reconnues dans les droits internes soit par la jurisprudence (France, CE 11 décembre 1970 *Crédit foncier de France*) soit par la loi (Italie, « tout acte qui dispose en général sur l'organisation, les fonctions, les objectifs, les procédures d'adoption au sein d'une administration ou dans lequel est déterminée l'interprétation de normes juridiques ou sont discutées des dispositions pour l'application des normes juridiques », article 26 de la loi du 7 août 1990 n°241 sur la procédure d'adoption des actifs administratifs).

⁹ Le débat a été vif dans les pays qui ont connu des réformes dites de fédéralisme administratif (dans une matière donnée, le pouvoir d'exécution est confiée aux collectivités territoriales alors que le pouvoir normatif reste dans les mains de l'Etat central, selon des modalités diverses, en fonction de l'attribution du pouvoir réglementaire).

aéronefs pour tout l'espace aérien dont dernièrement celui de l'A380). En ce qui concerne la Commission, ce pouvoir semble venir « d'en bas » (i.e. du pouvoir décisionnel), mais il est encore hasardeux de transposer cette origine au cas des agences. Il semble que pour l'instant elle cadre mal avec la volonté de la Commission de limiter l'éclatement du pouvoir exécutif et donc de l'autonomie décisionnelle des agences. D'ailleurs et sous réserve d'études plus approfondies ce pouvoir n'a été prévu que dans un seul cas, celui de l'agence européenne pour l'évaluation des médicaments qui confirme cette restriction. Le règlement de 2309/93, qui créait cette agence, indiquait que celle-ci élaborait des « lignes directrices relatives à la présentation des demandes d'autorisation » (art 28.5 et 46). Or le règlement n° 726/2004 du 31 mars 2004 modifie le règlement précédent et ce pouvoir relève désormais de la Commission (article 6.4).

A un degré inférieur, la question des normes d'orientation (et de leur origine *bottom up* ou *top down*) pourrait également se poser vis-à-vis des cas, nombreux, dans lesquels les agences ne disposent que d'un pouvoir d'avis, la commission étant seule compétente pour adopter la décision. C'est en particulier le cas de l'agence européenne pour l'évaluation des médicaments et de ses comités, auteurs directs des avis qui a donné lieu à une décision intéressante du tribunal de première instance¹⁰.

Les normes d'exécution de la législation qui concerne les agences échappent en général également à ces dernières. La compétence en est confiée à la Commission et rentre dans le cadre général de la comitologie. On notera que les règlements créant ou modifiant certaines agences prévoient à la fois l'agence en question et le comité qui assiste la commission dans l'élaboration desdites normes d'exécution¹¹. Cette situation tempère les distinctions trop tranchées qui placent la délégation de compétence d'exécution de la Commission en termes d'alternative entre agences ou comitologie. Au contraire, les agences sont souvent chargées de préparer les textes des normes d'exécution soumises ensuite à une des procédures de comitologie. Il ne s'agit donc pas d'opposition mais d'une certaine manière de coopération. Parfois les agences

¹⁰ En particulier depuis TPIC, 2002, *Artegodan*, aff. jointes T-74/00 et autres, pour lequel les avis des comités de cette agences étant, vis-à-vis de la commission pratiquement, des avis conformes, la *review* doit porter sur le raisonnement suivi par ces comités.

¹¹ C'est le cas du règlement n° 178/2002 du 28 janvier 2002 établissant les principes généraux et les prescriptions générales de la législation alimentaire, instituant l'Autorité européenne de sécurité des aliments et fixant des procédures relatives à la sécurité des denrées alimentaires.

disposent en outre de l'initiative des normes d'exécution. Les règlements primaires prévoient en outre très souvent que les normes d'exécution sont adoptées après consultation de l'agence ou discussion avec l'agence¹² sans qu'on saisisse bien ce que recouvre la différence entre consultation et discussion.

C'est seulement dans le domaine des normes techniques que les pouvoirs des agences, du moins de certaines, apparaissent avec plus d'évidence¹³. Tout d'abord, certaines agences ont bénéficié de la compétence de faire des propositions de normes techniques à la Commission (autorité européenne de sécurité des aliments et agence européenne pour la sécurité maritime). On voit mal quelle contre-expertise la Commission pourrait mettre en avant pour se départir de ces propositions. Ensuite et surtout, une agence, l'agence européenne pour la sécurité aérienne, s'est explicitement vu attribuer une compétence quasi normative. Selon le règlement 1592/2002, la commission ne peut pas modifier le contenu des « prescriptions techniques » élaborées par l'agence « sans coordination préalable avec l'agence ». On se trouve pratiquement dans un cas d'avis (normatif) conforme¹⁴.

Terminons ce point en indiquant que cette situation ambiguë du pouvoir normatif des agences, se retrouve à un autre niveau juridique, qu'on qualifie de supérieur pour simplifier, celui de l'élaboration des normes internationales en particulier des normes techniques internationales dans le domaine de compétence de l'agence. Les choses sont d'une grande complexité pour au moins deux raisons. Premièrement et de manière générale, la compétence exclusive communautaire en matière de commerce international ne se retrouve pas toujours dans le domaine de l'élaboration des normes techniques liées au commerce international. Deuxièmement, la volonté de la Commission de ressaisir au moins formellement l'ensemble des

¹² Art. 29.6, 36.3 et art. 51 du règlement précédent. On trouve des exemples semblables dans le règlement n°726/2004 du 31 mars 2004 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire, et instituant une Agence européenne des médicaments.

¹³ L. Senden, "Soft Law, Self regulation and Co-regulation in European Law: where do they meet?", *EJCL*, 9, 2005; Boy L., « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, 2006.

¹⁴ Il faut également indiquer que les agences ne maîtrisent pas forcément leur programme de travail. De manière générale le programme de travail d'une agence est élaboré par le directeur de l'agence puis soumis au board de l'agence et adressé à la Commission, au Conseil, aux Parlements et aux Etats membres. A partir de là, un rapide panorama des agences de régulation montre qu'il existe trois grands types de situations possibles. Tout d'abord, si la commission n'est pas d'accord, elle peut demander une délibération au *board* qui doit alors réunir soit les trois quarts de ses membres, soit l'unanimité des représentants des Etats membres. C'est le cas de l'agence européenne pour la sécurité maritime, de l'agence ferroviaire européenne et de l'agence de contrôle des pêches. Ensuite, le directeur de l'agence, lorsqu'il prépare le programme, peut être obligé à consulter la Commission et à tenir compte des priorités qu'elle indique (autorité européenne de sécurité des aliments). Dans le cas de l'agence européenne pour la sécurité aérienne le *board* se prononce sur le programme de travail après avis de la Commission. Enfin, dans les autres agences, le programme est seulement transmis après adoption.

compétences d'exécution se reflète également dans ce domaine. Les agences européennes élaborant des normes techniques n'ont en général pas « mandat » pour participer aux travaux des organisations internationales¹⁵. Elles se bornent aux commentaires ouverts aux « personnes intéressées ». Seule l'agence européenne pour la sécurité aérienne semble être, là encore, plus active et participe avec l'Organisation de l'aviation civile internationale à l'élaboration des *Standards and Recommended Practices* adoptées par cette organisation et collabore avec d'autres agences « nationales ».

Toutefois, selon nous, cette situation ambiguë du pouvoir réglementaire des agences ne porte pas entièrement à conséquence. En effet, le rôle de ces agences doit être avant tout être inscrit dans un cadre plus général, celui de la régulation. On sait que la régulation doit être distinguée de la réglementation ou adoption de normes juridiques contraignantes de portée générale. En effet, la régulation ne passe pas nécessairement par l'adoption d'actes normatifs à portée réglementaire. Elle peut également recourir à d'autres moyens plus incitatifs, tels que la co-régulation, l'autorégulation, les recommandations, le recours à l'autorité scientifique, la mise en réseau et la convergence des bonnes pratiques, l'évaluation de l'application et de la mise en œuvre des règles, *etc.*¹⁶ En d'autres termes, pour les agences, le but, la régulation, semble plus important que les moyens, le pouvoir normatif.

2 Les pouvoirs des agences au prisme de la régulation et les conséquences sur les procédures d'adoption

Il ne peut être question de se pencher, à la suite d'une abondante littérature, sur la notion de régulation¹⁷. Disons de manière très générale que la régulation est

¹⁵ Polis, "The European Community and the adoption of international food standards within the Codex Alimentarius Commission", *European Law Journal*, 2004, 613.

¹⁶ A cet égard le Parlement part régulièrement en guerre contre l'expansion de la *soft law* sous toutes ses formes. Dernièrement voir *Rapport du parlement européen sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants*, Final A6-0259/2007

¹⁷ C. Parker et J. Braithwaite, "Regulation", in P. Cane et M. Tushnet (ed.), *Handbook of Legal Studies*, Oxford University Press, 2003, 125; M. A. Frison Roche (ed.), *Les régulations économiques - Légitimité et efficacité*, vol. 1, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004 ; Id., *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses

l'ensemble de règles dont le but est de maintenir l'équilibre d'un marché ou d'un secteur d'activité en coordonnant le rôle des acteurs qui y interviennent. Dans le cadre ce travail ce n'est pas tant les fonctions de la régulation qui importent mais la légitimité de celle-ci. Comme toute action administrative (au sens le plus large possible) qui ne se rattache pas ou mal au fluide démocratique - qui classiquement court du Parlement à qui exécute les normes posées par ce dernier - , l'action de régulation (au sens le plus large possible) s'appuie ou cherche à s'appuyer sur d'autres légitimités, entre autres l'expertise scientifique et la participation des personnes intéressées¹⁸. La participation des personnes intéressées entraînant à son tour une nécessité de transparence (le public au sens large doit pouvoir être informé ou avoir facilement accès à ce qui peut le concerner). La procédure d'adoption des actes ou de normes ou de toute disposition par laquelle se matérialise cette action devient le lieu où les impératifs de participation et de transparence peuvent être réalisés. La question de l'adoption des « normes » des agences et des procédures d'adoption qui y sont relatives ne peuvent être, de notre point de vue, que considérées sous cet angle.

On sait que la Commission a peu à peu mis en place des procédures de consultation préalable à l'adoption de mesures réglementaires. Elle l'a toutefois fait en ordre dispersé. Les domaines de régulation de la concurrence ont fait figure de pionniers, sans doute sous l'influence des procédures qui existaient aux Etats-Unis dans ces domaines¹⁹. D'autres domaines ont par la suite été concernés (télécommunications).

A la suite de préoccupation diverses mais convergentes, les « consultations avec les parties intéressées » ont été étendues à toutes les activités régulatrices de la Commission. Parmi ces préoccupations citons celles relatives relative à la gouvernance européenne matérialisée par le fameux livre blanc sur la gouvernance, celle relative à la transparence qui en découle en partie, celle enfin relative à l'amélioration de la législation (la *better regulation policy* et l'Accord Inter-institutionnel "Mieux Légiférer" du 16 décembre 2003). Le 11 novembre 2002, la Commission a publié un

de Sciences Po. et Dalloz, vol. 2, 2004 ; B. Du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

¹⁸ Ladeur KH, "The Changing Role of the Private in Public Governance. The Erosion of Hierarchy and the Rise of a New Administrative Law of Cooperation", EUI working paper Law n°2002/9; Cafaggi F, « Le rôle des acteurs privés dans le processus de régulation: participation, autorégulation et régulation privée », *RFAP*, n°109, 2004, 23.

¹⁹ P. Strauss, "Rulemaking in the Ages of Globalization and Information: What America Can Learn from Europe, and Vice Versa", Columbia Public Law Research Paper No. 06-104, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=879770

livre vert relatif aux principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission et les parties intéressées (COM(2002) 704 final)²⁰. Cette extension des consultations avec les parties intéressées à toutes les activités régulatrices a eu pour effet d'une part que les standards adoptés ne sont pas très précis et d'autre part que leur mise en œuvre concrète dépend de chaque DG. Les principes généraux sont la participation, l'ouverture et la responsabilité, l'efficacité et la cohérence.

Les normes minimales concernent la clarté de l'objet de la consultation, les groupes cibles des consultations, la publication²¹, le délai de participation²², l'accusé de réception et le retour d'information. Les résultats de la consultation publique ouverte doivent être diffusés sur internet²³. En revanche, dans les domaines où la procédure de consultation est bien établie, il faut noter que du moment qu'une disposition est considérée comme de nature réglementaire par la Commission, elle est soumise à cette procédure quel que soit son rang normatif à venir. Ainsi les propositions de règlements relatifs à tel ou tel aspect de la politique de concurrence ne sont-ils pas soumis au législateur avant d'avoir été soumis au *notice and comment*. Et il en va de même pour les textes qui n'auront pas de portée normative au sens classique comme les lignes directrices, qui sont de « simples » normes d'orientation, par lesquelles la Commission entend interpréter un règlement dans l'utilisation du pouvoir décisionnel qui en découle. Petit à petit la dispersion a fait place à l'ordre.

La participation des personnes intéressées aux décisions des agences, ou pour éviter les ambiguïtés, aux textes que les agences produisent, est imposée par la plupart des règlements-statuts relatifs aux agences disposant d'un pouvoir de décision (direct ou indirect) ; chaque agence élaborant ensuite ses propres « normes » en la matière sous le contrôle plus ou moins étroit de la Commission : agence européenne pour l'évaluation des médicaments, agence européenne chargée de la sécurité et des réseaux

²⁰ Des pages web de la DG Concurrence sont désormais dédiées à cela : <http://ec.europa.eu/comm/competition/consultations/open.html>

²¹ La Commission doit assurer une publicité adéquate à dessin de sensibilisation et adapter ses moyens de communication aux besoins du public cible. Sans pour autant exclure les autres moyens de communication, les consultations publiques ouvertes devraient être accessibles sur internet et annoncées sur la page du 'point d'accès unique'.

²² La Commission doit prévoir un délai suffisant pour l'organisation et la réception des réponses aux invitations et des contributions écrites. Elle doit s'efforcer de prévoir un délai d'au moins huit semaines pour la réception des réponses aux consultations publiques écrites, ainsi qu'un préavis de 20 jours ouvrables pour les réunions

²³ Le livre vert étant lui-même soumis à consultation, il apparaît deux ans plus tard que si la majorité des commentateurs ont apprécié les standards de consultation mis en place, une faiblesse a été dénoncée de manière récurrente : les explications relatives aux raisons pour lesquelles la Commission prend ou non en compte les commentaires.

d'information (management du risque art. 4.j du règlement 460/2004) agence européenne pour la sécurité des aliments (art 178/2002). C'est l'agence européenne de sécurité aérienne qui s'est dotée des règles relatives à la procédure d'adoption des « normes » la plus complète. Il s'agit d'un document intitulé *Decision of the management board concerning the procedure to be applied by the agency for issuing of options, certification, specification and guidance material ('rulemaking procedure')*²⁴. Il mérite d'être présenté dans ses grandes lignes. La procédure est articulée en six phases. Elle commence avec l'approbation du programme annuel de travail. Le document précise tous les textes dont ce programme doit tenir compte. Surtout il prévoit que toute personne peut proposer l'inscription d'une « règle » au programme de travail. Le directeur de l'agence doit répondre aux propositions en ce sens en justifiant sa décision d'inclure ou non la proposition dans le programme de travail annuel. Ce programme doit en outre être accompagné par un *preliminary regulatory impact assessment* de chacune des règles inscrites. Le programme adopté est publié au bulletin officiel de l'agence. La deuxième phase est celle du lancement du travail d'élaboration d'une règle donnée. Celui-ci prend la forme des *terms of reference* qui contiennent une définition claire de la tâche à exécuter, un calendrier de réalisation ainsi que les caractéristiques du produit fini (*format of the deliverable*). Cette phase est aussi l'occasion pour le directeur de décider si la règle peut être élaborée par l'agence elle-même (qui dispose d'un *rule making directorate*) ou s'il faut réunir un comité *ad hoc* (*drafting group*). Lorsqu'un *drafting group* est réuni, il doit sans plus attendre adopter ses méthodes de travail. La troisième phase est celle de la rédaction. L'article 5 du document mentionne une liste impressionnante de textes dont la rédaction doit tenir compte (droit communautaire en vigueur, *standards and recommandes practices* de l'autorité internationale de l'aviation civile, objectifs d'harmonisation avec les autres autorités et organisations internationales du secteur, ...). Une fois le projet rédigé, le directeur doit vérifier que celui-ci est bien conforme aux *terms of reference*. Si c'est le cas, le projet est publié dans le bulletin officiel de l'agence accompagné d'une NPA (*Notice of Proposed Amendment*), document présentant toute l'information utile sur le projet de norme. La quatrième phase est la phase de la consultation qui dure trois mois (ce délai peut être allongé à l'initiative du directeur en raison de complexités particulières ou de manière

²⁴ EASA MB/7/03 Final 27 June 2003.

exceptionnelle à la demande de toute personne intéressée). Toute personne concernée par la règle en cours d'élaboration peut commenter le projet. Lorsque le délai de consultation est clos commence la phase de *review* des commentaires (cinquième phase) ; elle dure trois mois également (prolongeable sur due justification). Elle a un double but. Tout d'abord le directeur de l'agence doit faire évaluer les commentaires par des experts qualifiés n'ayant pas pris part au processus d'élaboration de la règle en question jusqu'à ce moment. Il peut faire appel à des consultants. Puis le directeur réexamine les commentaires et les évaluations. Il publie ensuite un document présentant la liste des personnes ayant commenté le projet de règle, un résumé des commentaires reçus et la réponse faite à chacun. Si les commentaires reçus proposent une rédaction du projet de règle qui diffère sensiblement du texte initial, le directeur peut envisager une nouvelle phase de consultation. Si des objections majeures ont été formulées par des autorités nationales, la discussion peut continuer directement avec le groupe des autorités nationales. Si le désagrément persiste, le directeur inclut dans sa réponse les résultats de cette consultation ainsi que l'impact que la décision qu'il prend aura sur la situation dans son ensemble. La décision relative à la règle (sixième phase) doit être prise dans un délai d'au moins deux mois afin de laisser le temps aux commentateurs de prendre position sur les réponses du directeur à leurs commentaires. Le directeur est assisté d'un comité consultatif des standards de sécurité et d'un comité des autorités nationales.

Ce texte appelle plusieurs remarques. Premièrement, il fixe des standards particulièrement élevés. C'est *a priori* le seul qui réponde aussi bien aux objectifs généraux de participation et de transparence. Tout est fait (délais, formes, ...) afin qu'il puisse être tenu compte des avis en présence sans pour autant qu'il doivent falloir les suivre en tout ou partie. P. Craig préconise son utilisation par d'autres agences²⁵.

Deuxièmement, on est loin des normes minimales fixées par la Commission en la matière en 2002. Celles-ci n'ont d'ailleurs joué aucun rôle dans l'élaboration de ce « document » car celui-ci reprend un texte, le JAR11, adopté auparavant par la *Joint Aviation Authority* (autorité à laquelle l'agence s'est en partie substituée). Les organisations internationales fournissent d'ailleurs des modèles souvent détaillés de *rule making*. Ainsi l'accord OTC (sur les obstacles techniques au commerce) signé dans le cadre de l'OMC et qui a pour but de faire en sorte que les procédures

²⁵ Craig P., *EU Administrative Law*, OUP, 2006, p. 180 ss..

techniques et les évaluations y sont relatives ne créent pas d'obstacles au commerce international, contient-il une annexe 3 intitulée *Code de pratique pour l'élaboration, l'adoption et l'application des normes*. Cette annexe, ouverte à l'acceptation des « organisme[s] à activité normative », leur impose d'agir en respectant des règles de fond et de procédure. Les règles de fond (non discrimination, nécessité, ...) ne nous intéressent pas ici. Mais on retrouve les mêmes règles de procédure que celles rencontrées jusqu'à présent, plus détaillées que celles de la Commission, car ce qui est visé c'est toujours la transparence et la participation aux « activité[s] normative[s] internationale[s] » de tout organisme à activité normative.

Troisièmement, il n'est pas difficile de constater que dans le *rulemaking* de l'agence européenne de la sécurité aérienne on retrouve bien des traits de l'*Administrative Procedure Act*²⁶. L'*Administrative Procedure Act* - APA - a été voté par le Congrès des Etats Unis en 1946 dans le but de soumettre les agences fédérales aux mêmes règles en matière d'adoption de normes d'exécution (*rulemaking*) ou de décision (*adjudication*). Ces règles présentent un degré de clarté, de complétude et de standardisation particulièrement élevé. Son influence, vraisemblablement mondiale par l'intermédiaire des organisations internationales, surtout celles oeuvrant dans les domaines techniques, peut être fortement supposée bien qu'elle reste encore à établir²⁷. Cette volonté d'introduire de la cohérence parmi les procédures suivies par les agences fédérales ne se retrouve pas encore vis-à-vis des agences européennes ; le projet d'accord institutionnel de 2005 ne se faisant pas écho de préoccupations en ce sens.

²⁶ According to the APA, the main requirements for informal rulemaking are: publication of a "Notice of Proposed Rulemaking" (NPRM) in the Federal Register; opportunity for public participation by submission of written comments; consideration by the agency of the public comments and other relevant material; and publication of a final rule not less than 30 days before its effective date, with a statement explaining the purpose of the rule.

²⁷ Dans le cas qui nous intéresse, l'Organisation de l'aviation civile internationale qui siège dès 1945 sur le territoire des Etats unis, sans doute repris l'APA et la JAA qui s'est doute inspirée du *rule making* de l'ICAO.