

Working Group IX

Working document 07

Groupe de travail IX « Simplification »

OBJET : **Comment simplifier les instruments d'action de l'Union ?**
- exposé de M. Koen Lenaerts

Les membres du groupe trouveront ci-joint l'exposé de M. K. Lenaerts, juge au Tribunal de première instance, proféré le 17 octobre 2002.

Comment simplifier les instruments d'action de l'Union ?

Prof. Koen LENAERTS

Note en vue de l'audition du 17 octobre 2002 devant le
groupe de travail IX «Simplification des procédures et instruments»

Introduction

1. Les problèmes liés aux instruments d'action de l'Union ont été clairement diagnostiqués. Ces instruments ont à ce point proliféré au fil des révisions successives des traités sur lesquels l'Union est fondée qu'il est particulièrement compliqué de se faire une idée précise des différents moyens d'action dont dispose l'Union pour l'exercice de ses compétences d'attribution. En outre, bon nombre des instruments d'action de l'Union ne voient pas leur portée juridique précisée dans les textes. Il en résulte une impression d'opacité et d'insécurité juridique, alimentant le sentiment, auprès des États membres et de leurs collectivités locales, ainsi que dans l'esprit des citoyens, que, dans certains domaines visés par les traités, l'Union s'est vu accorder un « blanc-seing » l'autorisant à user de n'importe quel instrument d'action politique pour exercer ses compétences. Des critiques sont aussi émises à l'égard du manque de légitimité démocratique d'actes de l'Union présentés comme des actes exécutifs alors qu'ils reflètent de véritables choix politiques de base.

La présente note porte uniquement sur la problématique des instruments de portée contraignante, et ne concerne pas les réflexions parallèles relatives aux instruments dits de « soft law ».

La nécessité d'une distinction cardinale entre actes législatifs et actes exécutifs

2. Le débat sur la simplification des instruments d'action de l'Union devrait, selon nous¹, partir d'une démarcation claire entre action législative et action exécutive, reposant non sur l'identité de l'auteur de l'acte, mais sur le type de procédure. L'intérêt d'une telle démarcation dépasse le souci de rappeler l'impérieuse nécessité d'une séparation claire des pouvoirs dans une Union de droit. Il tient à la nécessité d'identifier, dans un souci de transparence, la procédure censée correspondre au mieux – en termes de légitimité et d'efficacité – à la fonction législative ou exécutive impartie aux différents organes de l'Union. L'exercice suppose donc un effort d'identification de ces fonctions respectives et une clarification, dans le traité de base lui-même, de la frontière entre ce qui relève, domaine par domaine, de la responsabilité législative, d'une part, et de l'action exécutive, d'autre part.

Serait, dans ce contexte, un acte législatif tout acte exprimant un choix politique de base² et adopté conformément à la procédure de codécision prévue à l'article 251 CE. Tout acte adopté en dehors de cette procédure serait à considérer comme un acte exécutif. À l'aune de ce critère de distinction fondamental, la simplification et la rationalisation des instruments d'action de l'Union pourraient s'articuler autour de deux catégories, applicables tant au niveau du premier pilier (pilier communautaire) qu'au niveau du troisième pilier.

¹ Voir également nos réflexions exprimées dans notre article « La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne ? », *Journal des Tribunaux – Droit européen*, 2002, p. 29-43, particulièrement aux points 56 à 76 (annexe 1 à la présente note), ainsi que dans notre article (avec Marlies Desomer) « Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union : Values, Objectives and Means », *European Law Review*, 2002, p. 377-407, particulièrement la partie D de cette contribution (annexe 2 à la présente note).

² Arrêt de la Cour du 17 décembre 1970, Köster, 25/70, *Rec.* p. 1161, point 6.

Première catégorie : les actes législatifs

3. La première catégorie, que l'on pourrait qualifier d'« actes législatifs », viserait les actes directement fondés sur une disposition du traité, incarnant des choix politiques de base et adoptés en codécision par le Conseil et le Parlement européen sur proposition de la Commission. Cette première catégorie pourrait faire l'objet d'une subdivision fondée sur la nature des effets de la mesure dans les ordres juridiques des États membres.

4. Relèverait ainsi de la première subdivision, que l'on pourrait dénommer « lois », la législation n'exigeant aucune intervention législative nationale pour sortir ses pleins effets³. Relèverait de la seconde subdivision, qui pourrait être dénommée « lois-cadres », la législation dont le plein effet dépend de l'exercice, par les États membres, d'options législatives visant à atteindre le résultat recherché⁴.

5. Cette subdivision nous paraît suffisante. La proposition émise par certains de raffiner la ventilation au sein de la catégorie des actes législatifs entre « lois uniformes », « lois d'harmonisation (minimale) », « lois programmes », « lois de financement », etc., n'ajouterait, à notre sens, rien par rapport à la sous-distinction entre lois et lois-cadres précédemment suggérée. Il conviendrait plutôt, selon nous, de laisser le soin au législateur de préciser, au cas par cas, l'objet de la loi ou de la loi-cadre concernée (par exemple, « loi-cadre d'harmonisation dans le domaine de... », « loi portant programme pluriannuel en matière de... »).

6. Dans l'hypothèse où il s'avérerait indiqué de clarifier le statut juridique de la « coordination » parmi les instruments d'action de l'Union, une mention particulière pourrait néanmoins être faite, au sein de la première catégorie, aux lois ou lois-cadres « de coordination », envisagées comme celles réglant les questions de procédure et fixant, le cas échéant, les indicateurs communs et les objectifs à atteindre dans une matière donnée, tout en laissant aux États membres le choix des moyens pour parvenir à ces objectifs ainsi que la responsabilité politique de la surveillance mutuelle (*peer review*).

Deuxième catégorie : les actes exécutifs

a) Position du problème – le cas de la « réglementation autonome »

7. La deuxième catégorie comprend actuellement, notamment, les actes qualifiés parfois de « réglementation autonome », lesquels correspondent aux actes adoptés par le Conseil ou par la Commission sur le fondement direct d'une disposition du traité.

8. C'est au niveau de ces actes que se situe le nœud du problème. Il est en effet indéniable que bon nombre d'actes adoptés par le Conseil seul⁵ ou après consultation du Parlement européen⁶, ou par la Commission seule⁷, comportent des choix politiques de base qui justifieraient leur assujettissement à la procédure de codécision et, donc, leur rattachement à la première catégorie.

³ L'équivalent actuel étant un règlement ou une décision communautaire du type « *Beschluß* » ou « *besluit* ».

⁴ L'équivalent actuel étant la directive ou la décision-cadre.

⁵ Par exemple, la réglementation de base « anti-dumping » adoptée sur le fondement de l'article 133 CE (politique commerciale commune).

⁶ Tel est le cas dans le domaine de la politique agricole commune.

⁷ Par exemple, certaines directives adoptées par la Commission sur la base de l'article 86, paragraphe 3, CE, en ce qui concerne le statut des entreprises publiques au regard des règles européennes de la concurrence.

9. Un exercice de ventilation devrait par conséquent être opéré, au niveau de la réglementation autonome, entre, d'une part, celle qui implique des choix de politique générale et qui, à ce titre, doit reposer sur une légitimité démocratique⁸ justifiant une implication directe du pouvoir législatif dans son ensemble (Parlement européen et Conseil) et relever par conséquent de la première catégorie, et, d'autre part, celle, de nature essentiellement technique, ne justifiant pas cette implication directe (au risque de voir la procédure de codécision « engluée » par des actes de cette nature) et qui relèverait par conséquent, à juste titre, de la deuxième catégorie, soit en tant que « législation déléguée »⁹, soit en tant qu'acte exécutif *sensu stricto*¹⁰.

10. Un tel exercice soulève, il faut en être conscient, au moins deux ordres de difficultés. D'une part, le critère de ventilation étant l'existence ou non d'un choix politique de base sous-jacent à l'acte concerné, l'exercice présuppose que soit précisé, pour chaque politique communautaire, ce qu'il faut entendre, en termes de contenu matériel, par choix politique de base (par exemple, en matière de politique agricole commune). D'autre part, il convient de tenir compte des sensibilités nationales découlant du fait que, dans certains États membres, des matières concernées par cet exercice relèvent de la responsabilité première du pouvoir exécutif en dépit des choix politiques de base qu'elles véhiculent (par exemple, en matière de politique commerciale commune).

b) La législation déléguée

11. La « législation déléguée » vise celle adoptée par le Conseil ou, sans doute plus fréquemment par la Commission, sur la base d'une habilitation figurant soit dans une disposition précise du traité, soit dans un acte législatif (première catégorie). Dans ce dernier cas, il s'agira souvent – mais pas exclusivement – d'apporter les modifications techniques à cet acte jugées nécessaires au fil du temps¹¹. Pour de tels actes, il n'apparaît pas indiqué de prévoir l'implication directe du pouvoir législatif dans leur adoption, sous peine d'un engorgement (du Parlement européen, notamment) de nature à l'empêcher de se concentrer sur sa fonction constitutionnelle première (fonction de législateur). Lorsque la législation déléguée a vocation à modifier certains aspects d'un acte législatif, il conviendrait cependant de prévoir une comitologie « lourde » (intervention d'un comité de réglementation ou d'un comité de gestion comprenant des représentants des États membres¹²), et un

⁸ Et pas seulement sur une légitimité exécutive.

⁹ Par exemple, l'acte par lequel le Conseil, certes après consultation du Parlement européen, habilite la Commission à adopter un règlement d'exemption par catégories en matière de concurrence. L'acte du Conseil est en effet directement ancré dans le traité (article 83 CE). À l'avenir, il pourrait être considéré comme « législatif » et donc relever de la procédure de codécision, ou bien continuer à revêtir un caractère « autonome » dans la mesure où il « se borne » à mettre en œuvre les options « législatives » contenues dans le traité lui-même. En tout cas, la mise en œuvre de cette habilitation est faite par la Commission. Le règlement adopté par celle-ci est de la « législation déléguée ».

¹⁰ Par exemple, les décisions prises par la Commission en matière d'aides d'État, qui « exécutent » dans des cas particuliers les options « législatives » contenues dans cette matière dans le traité lui-même – voir *infra*, sous c) –.

¹¹ Un tel type d'instruments se rencontre dans certains États membres, tels que la Belgique où, s'agissant par exemple du secteur des services financiers, la loi (de contrôle) comprend une disposition habilitant le pouvoir exécutif à adapter cette loi en fonction d'obligations découlant du droit communautaire dérivé (transposition de directives de coordination, par exemple).

¹² Voir, à titre d'exemple, les comités dans le domaine de la santé des consommateurs et de la sûreté alimentaire (arrêts du Tribunal du 11 septembre 2002, T-13/99, Pfizer/Commission, et T-70/99, Alpharma/Commission, non encore publiés au *Recueil*).

contrôle strict du Parlement européen, lequel pourrait éventuellement comprendre un droit d'évocation par le législateur dans certains cas¹³.

c) Les actes exécutifs sensu stricto

12. Il y a ensuite les actes adoptés, au niveau communautaire ou au niveau national, sur la base d'une disposition « législative » du traité¹⁴, d'un acte législatif (adopté selon la procédure de codécision) ou d'un acte de législation déléguée.

13. S'agissant des actes exécutifs de la Commission, l'on devrait se satisfaire d'une comitologie « légère » (assistance par un comité consultatif, par exemple), laissant le dernier mot à la Commission, le tout sous le contrôle du Parlement européen.

Observations finales

14. Dans le cadre des travaux de simplification des instruments d'action de l'Union, deux questions appellent encore une attention particulière. La première concerne les accords conclus au niveau européen entre partenaires sociaux sur la base des articles 138 et 139 CE. La seconde a trait à l'accès des particuliers au juge communautaire.

- Les accords conclus entre partenaires sociaux

15. Les partenaires sociaux peuvent, à l'occasion d'une consultation à propos d'une initiative de la Commission, informer celle-ci de leur volonté d'engager un dialogue social (article 138, paragraphe 4, CE). Ce dialogue entre partenaires sociaux peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris à la conclusion d'accords (article 139, paragraphe 1, CE). Lorsqu'ils ont conclu un accord, les partenaires sociaux peuvent adresser une demande conjointe à la Commission pour que cet accord soit mis en œuvre au niveau communautaire. La Commission examinera alors s'il y a lieu de présenter une proposition en ce sens au Conseil. Dans l'affirmative, le Conseil adopte un acte incorporant le contenu de l'accord et le rendant obligatoire au niveau communautaire.

16. Alors que l'accord conclu entre partenaires sociaux et rendu obligatoire par le Conseil s'apparente, sur le plan matériel (c'est-à-dire en termes de contenu), à celui d'une loi-cadre, l'acte déclaratif d'effet obligatoire de cet accord revêt la forme d'une réglementation autonome échappant à la procédure de codécision visée à l'article 251 CE (deuxième catégorie). Une intervention du Parlement européen n'est en effet pas prévue par l'article 139 CE. L'on peut, dans ces conditions, se demander s'il ne serait pas opportun de prévoir, afin de compenser l'absence de codécision parlementaire, la possibilité, pour des partenaires sociaux dont les droits à négociation auraient été méconnus, de solliciter¹⁵ un contrôle de légalité de l'acte du Conseil auprès du juge communautaire, limité, par exemple, à la vérification du respect des règles de procédure¹⁶.

¹³ Selon l'idée que celui qui délègue peut défaire la délégation. Voir, en ce sens, les propositions de simplification du processus d'élaboration du cadre juridique européen des services financiers, mieux connues sous le nom de « méthode Lamfalussy ».

¹⁴ Voir la note de bas de page 10.

¹⁵ En dépit du caractère inattaquable par des particuliers d'actes généraux dépourvus d'effet direct à leur égard.

¹⁶ Le caractère insatisfaisant de la solution actuelle est bien ressorti dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal du 17 juin 1998, UEAPME/Conseil, T-135/96, *Rec.* p. II-2271.

- Accès au juge communautaire et typologie des instruments

17. L'exemple des accords entre partenaires sociaux rendus obligatoires par un acte du Conseil est, en réalité, révélateur d'une préoccupation plus large, consistant à se demander s'il ne faudrait pas lier les conditions d'accès au juge communautaire au degré d'assise démocratique de la mesure communautaire concernée. En d'autres termes, la sévérité des conditions de recevabilité d'un recours en annulation formé contre une mesure générale adoptée par l'Union ne devrait-elle pas aller décroissant selon que la mesure relève de la première ou de l'une des sous-catégories de la deuxième catégorie ?

Extrait de K. LENAERTS, « La déclaration de Laeken : premier jalon d'une Constitution européenne ? », *Journal des Tribunaux – Droit européen*, 2002, p. 29-43, paragraphes 56 à 76.

III. - LA SIMPLIFICATION DES INSTRUMENTS DE L'UNION

A. - Position du problème

- 56 □ première vue, l'on peut éprouver un certain mal □ percevoir le rapport entre la question des instruments des politiques de l'Union et le souci général, exprimé tant dans la Déclaration de Nice que dans la Déclaration de Laeken, de rapprocher l'Union de ses citoyens. La question relève de considérations techniques, jugées rébarbatives par le commun des mortels. Si une frange limitée de citoyens de l'Union est familiarisée avec les notions de directive et de règlement, l'immense majorité d'entre eux serait bien en peine d'expliquer l'intérêt de la distinction entre ces deux instruments juridiques, la portée d'une décision-cadre ou encore la signification de la technique de la coordination ouverte.
- 57 Les choix opérés en matière d'instruments des politiques de l'Union rejaillissent pourtant directement sur la perception qu'ont les États membres, leurs entités régionales et locales et leurs citoyens de la manière dont l'Union exerce les compétences qui lui sont reconnues par les traités. Dans une certaine mesure, ils conditionnent donc l'image de l'Europe. Le fait pour l'Union de recourir □ des recommandations non contraignantes l'ou □ un règlement ou une directive aurait été souhaitable peut véhiculer l'idée d'une construction stérile, □ faible valeur ajoutée, incapable de transcender les disparités nationales dans un domaine perçu comme devant être régi par une règle du jeu identique ou suffisamment homogène dans tous les États membres. □ l'inverse, le recours □ un texte contraignant dans une matière ou □ un instrument non contraignant e□t été plus indiqué peut donner l'impression d'une Union technocratique, excédant sa compétence aux dépens des compétences nationales ou locales. En outre, ainsi qu'il a déjà été souligné, le choix des instruments d'action influe directement sur l'intensité d'exercice des compétences reconnues □ l'Union par les traités. Il constitue donc un paramètre important du débat sur la délimitation des compétences entre l'Union et les États membres.
- 58 Les articles 12 et 34 TUE, ainsi que l'article 249 CE, énumèrent une série d'instruments auxquels l'Union peut recourir pour l'exercice de ses compétences. L'article 12 TUE dispose que celle-ci poursuit les objectifs de la politique étrangère et de sécurité commune en définissant des "principes" et "orientations générales", en "décidant des stratégies communes", en "adoptant des actions communes" et des "positions communes", et en "renforçant la coopération systématique entre les États membres pour la conduite de leur politique". S'agissant du pilier relatif □ la coopération policière et judiciaire en matière pénale, quatre instruments d'action sont mis □ la disposition du Conseil par l'article 34 TUE : l'adoption de "positions communes", de "décisions-cadres", de "décisions" et de "conventions". L'article 249 CE identifie, en ce qui concerne le pilier communautaire, cinq instruments d'action : le "règlement", la "directive", la "décision", la "recommandation" et l'"avis".
- 59 La liste d'instruments qui découle de ces différentes dispositions n'est cependant pas exhaustive. La Déclaration de Laeken relève, □ juste titre, que, au fil des révisions

successives des traités sur lesquels l'Union est fondée, sont apparus de nouveaux instruments d'action sans que leur portée juridique ait toujours été précisée⁴³. Ce manque de précision est source d'opacité et d'insécurité juridique. Il contribue en outre à alimenter le sentiment, auprès des États membres et de leurs collectivités locales, ainsi que dans l'esprit des citoyens, que, dans certains domaines visés par les traités, l'Union s'est vu accorder un "blanc-seing" l'autorisant à user de n'importe quel instrument d'action politique pour exercer ses compétences. Une telle situation est révélatrice du lien étroit qui existe entre la question de la délimitation des compétences respectives de l'Union et des États membres, et celle des instruments d'action de l'Union.

- 60 Même en ce qui concerne les instruments définis dans les traités, la situation est parfois confuse. Il arrive en effet qu'un même instrument d'action revête plusieurs significations. Ainsi, en vertu de l'article 34, paragraphe 2, sous c), TUE, les décisions relevant du troisième pilier "ne peuvent entraîner d'effet direct". En revanche, les décisions du pilier communautaire, visées à l'article 249 CE, sont porteuses de droits et/ou d'obligations pour leurs destinataires.
- 61 À côté de cela, l'Union a recours à des instruments d'action non mentionnés dans les traités⁴⁴. Ainsi en est-il de la décision communautaire du type "*Beschluß*" ou "*besluit*" dont la portée juridique est parfois incertaine⁴⁵.
- 62 Enfin, ainsi qu'il est relevé dans la Déclaration de Laeken, les directives ont progressivement évolué pour devenir des actes législatifs de plus en plus détaillés. Des abus liés à un usage impropre des instruments existants ont parfois même été constatés. Ainsi,

⁴³ Voir, à titre d'exemples, les "lignes directrices" en matière de politique de l'emploi [article 128, paragraphe 2, CE (ex-article 109 Q, paragraphe 2, du traité CE)], les "actions d'encouragement" dans le domaine de l'éducation [article 149, paragraphe 4, CE (ex-article 126, paragraphe 4, du traité CE)] et les "programmes pluriannuels" en ce qui concerne la coopération au développement [article 179 CE (ex-article 130 W du traité CE)].

⁴⁴ Voir, à ce sujet, G. Isaac, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1999 (7^{me} édition), p. 141.

⁴⁵ À côté de ce type de décisions, il existe d'autres actes non mentionnés dans les traités, tels que les résolutions, les communications, les déclarations, les codes de conduite ou les conclusions, qui ne visent pas toujours à produire des effets juridiques. Voir à ce sujet A. Gautier, "Le Conseil d'État français et les actes 'hors nomenclature' de la Communauté européenne", *Revue trimestrielle de droit européen*, 1995, pp. 23 à 37. Selon la jurisprudence, il revient au juge communautaire de déterminer les effets juridiques produits par de tels actes en analysant leur contenu. Ainsi, dans des contextes spécifiques, une résolution (C.J.C.E., 10 juillet 1980, *Commission/Royaume-Uni*, 32/79, *Rec.*, p. 2403, point 11), des communications (C.J.C.E., 16 juin 1993, *France/Commission*, cité à la note 31, points 14 à 30; C.J.C.E., 20 mars 1997, *France/Commission*, C-57/95, *Rec.*, I, p. 1627), un code de conduite (C.J.C.E., 13 novembre 1991, *France/Commission*, C-303/90, *Rec.*, I, p. 5315, points 15 à 35) et des conclusions du Conseil (C.J.C.E., *Commission/Conseil*, cité à la note 14, point 53) ont été qualifiés d'actes obligatoires dont le juge communautaire pouvait contrôler, selon le cas, la légalité ou le respect. Toutefois, il importe de souligner que cette qualification était strictement le résultat de l'analyse du contenu des actes en cause de sorte qu'elle ne saurait être généralisée à tous les actes portant la même dénomination. Enfin, des actes "hors nomenclature", quelle qu'en soit la dénomination, servent aussi aux institutions de l'Union à s'imposer des obligations à elles-mêmes. Par la suite, ces institutions sont tenues de s'y conformer, selon l'adage "*patere legem quam ipse fecisti*"; en cas de défaillance, des tiers intéressés peuvent en obtenir le respect devant le juge communautaire : voir, par exemple, T.P.I., 5 mars 1997, *WWF UK/Commission*, T-105/95, *Rec.*, 1997, II, p. 313, points 53 à 55.

certaines directives ne laissent, contrairement à ce que prévoit l'article 249 CE, plus – ou pratiquement plus – de marge de manoeuvre aux instances nationales dans le choix des moyens à mettre en oeuvre pour parvenir au résultat visé⁴⁶. Il a même été reproché à l'Union de chercher à faire passer, sous la forme d'une communication prétendument dépourvue de valeur contraignante, le contenu d'une proposition de directive avortée⁴⁷.

- 63 Ce constat démontre tout l'intérêt de la réflexion initiée par la Déclaration de Laeken en vue d'une rationalisation du nombre des instruments de l'Union et, surtout, d'une meilleure circonscription de ceux-ci. Les idées émises dans les développements qui suivent entendent alimenter cette réflexion. Elles s'articulent autour de quatre lignes de force : transparence, sécurité juridique, flexibilité et proportionnalité.

B. - Dans un souci de transparence, une démarcation claire s'impose entre action législative et action exécutive

- 64 À l'heure actuelle, les traités sur lesquels l'Union est fondée ne contiennent pas les indications qui permettent de savoir si la mesure prise par l'Union à travers tel ou tel instrument d'action revêt une portée législative ou exécutive. L'identité de l'auteur de l'acte n'est pas un critère décisif. En effet, le Conseil peut agir en tant qu'organe législatif ou exécutif⁴⁸. De son côté, la Commission peut adopter des mesures normatives qui ne sont pas forcément des mesures d'exécution [voir, par exemple, les mesures visées par l'article 86, paragraphe 3, CE (ex-article 90, paragraphe 3, du traité CE)]⁴⁹. À cela s'ajoute le fait que les États membres sont fréquemment appelés à mettre en oeuvre des mesures prises par l'Union, notamment les directives. Ils exercent donc aussi un "pouvoir exécutif" dans les domaines d'action de l'Union⁵⁰.

⁴⁶ S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes* (3^{ème} édition), Bruxelles, De Boeck Université, 2001, p. 297.

⁴⁷ Voir C.J.C.E., 20 mars 1997, *France/Commission*, cité à la note 45. Dans cet arrêt, la C.J.C.E. a annulé la communication de la Commission relative à un marché intérieur pour les fonds de retraite, qui avait repris, pratiquement mot à mot, le contenu d'une proposition de directive sur ce thème que la Commission avait été contrainte de retirer en raison de blocages persistants au niveau du Conseil (voir, à ce propos, les conclusions de l'avocat général G. Tesaurò sous cet arrêt, point 17). Pour une étude approfondie des différents cas de figure dans lesquels l'autorité communautaire a recours à des "communications", voir A.-M. Tournepiche, "Les communications : instruments privilégiés de l'action administrative de la Commission européenne", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2002, pp. 55 à 62.

⁴⁸ Voir l'article 202, troisième tiret, CE (ex-article 145, troisième tiret, du traité CE). Puisqu'il s'agit de la même institution agissant dans deux qualités différentes, il arrive que la ligne de démarcation entre l'activité législative, trouvant son fondement dans le traité lui-même et dans le respect du processus décisionnel prévu par ce dernier, et l'activité exécutive, trouvant son fondement dans un acte (législatif) antérieur et dans le respect du processus décisionnel prévu par cet acte, ne soit pas respectée ou, en d'autres termes, que, sous le couvert d'un acte exécutif, la portée de l'acte législatif soit modifiée, ce qui conduira à l'annulation de l'acte erronément présenté comme exécutif : C.J.C.E., 13 décembre 2001, *Parlement/Conseil*, C-93/00, non encore publié au *Rec.*, points 35 à 45.

⁴⁹ Voir C.J.C.E., 6 juillet 1982, *France, Italie et Royaume-Uni/Commission*, 188 à 190/80, *Rec.*, p. 2545, points 4 à 7.

⁵⁰ Pour une analyse détaillée des rôles respectifs assumés par la Commission, le Conseil et les États membres en tant que "pouvoir exécutif" de l'Union, voir K. Lenaerts et A. Verhoeven, "Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU ? The Contribution of the New

- 65 Ainsi qu'invite □ y réfléchir la Déclaration de Laeken, il serait d'□s lors indiqué, selon nous, d'introduire une distinction claire entre les mesures législatives et les mesures d'exécution. Il se dégage de la jurisprudence de la C.J.C.E.⁵¹ que constitue une action législative toute expression d'un choix politique de base opéré par l'Union dans le respect des limites et des procédures applicables en vertu des traités au domaine de compétence en cause. Toute autre action doit □tre considérée comme une mesure exécutive⁵². Elle peut émaner soit des autorités communautaires, soit des autorités nationales. La clarification de cette ligne de démarcation constitue, □ nos yeux, le préalable indispensable □ une éventuelle généralisation du pouvoir de codécision du Parlement européen dans l'action législative de l'Union, question soumise □ l'analyse par la Déclaration de Laeken sous le thème "Davantage de démocratie, de transparence et d'efficacité dans l'Union européenne" (voir ci-apr□s points 78 □ 81).
- 66 Par souci de transparence, il serait opportun que toute mesure d'exécution de l'action de l'Union puisse □tre identifiée "au premier coup d'oeil" □ travers sa dénomination, indépendamment du point de savoir si la mesure en question a été prise par une institution de l'Union ou par les États membres. Comme dénomination générique de telles mesures, l'on pourrait ainsi retenir celle de "r□glement d'exécution européen".

C. - Au nom de la sécurité juridique, une rationalisation et une catégorisation des instruments législatifs s'av□rent indispensables

- 67 S'agissant de l'action législative, il conviendrait, au départ du catalogue existant, de procéder □ un exercice de rationalisation afin de dresser une typologie des instruments d'action de l'Union. Celle-ci pourrait □tre articulée autour de trois catégories.
- 68 La premi□re catégorie, qui pourrait, par exemple, □tre désignée sous le terme générique de "lois", serait constituée des normes générales et abstraites □ caract□re obligatoire, n'exigeant aucune intervention législative nationale pour sortir leurs pleins effets (actuellement, les r□glements, les décisions communautaires du type "*Beschluβ*" ou "*besluit*"). La place laissée □ l'action exécutive est alors fonction du degré de précision de ces normes⁵³. Ceci am□nerait □ se demander s'il ne convient pas de fondre également dans cette catégorie les "décisions" relevant du troisi□me pilier (article 34 TUE) dans le cadre de la communautarisation de celui-ci (voir ci-dessus points 43 □ 48).

Comitology Decision", *Common Market Law Review*, 2000, pp. 645 □ 686; voir également D. Curtin et K. Mortelmans, "Application and Enforcement of Community Law by the Member States : Actors in Search of a Third Generation Script", *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, op. cit., pp. 423 □ 466.

⁵¹ Voir, notamment, C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Köster*, 25/70, *Rec.*, p. 1161, point 6; C.J.C.E., 27 septembre 1979, *Eridania*, 230/78, *Rec.*, p. 2749, point 7; C.J.C.E., 29 mars 1979, *NTN Toyo Bearing Company/Conseil*, 113/77, *Rec.*, p. 1185, point 21; C.J.C.E., 24 octobre 1989, *Commission/Conseil*, 16/88, *Rec.*, p. 3457, points 8 □ 10.

⁵² Dans l'arr□t du 24 octobre 1989, *Commission/Conseil*, cité □ la note précédente, la C.J.C.E. a précisé : "La notion d'exécution au sens de [l'article 202 CE (ex-article 145 du traité CE)] comprend tout □ la fois l'élaboration de r□gles d'application et l'application de r□gles □ des cas particuliers par le moyen d'actes □ portée individuelle" (point 11 de l'arr□t).

⁵³ Voir, □ titre d'exemple, les arr□ts cités ci-dessus □ la note 51.

- 69 La deuxième catégorie, que l'on pourrait, d'une manière générique, dénommer "lois-cadres", serait constituée des normes, également générales, abstraites et obligatoires, dont le plein effet dépend de l'exercice, par les États membres, d'options législatives visant à atteindre le résultat recherché (actuellement, les directives, les décisions-cadres). En d'autres termes, l'efficacité de ces normes repose sur une co-responsabilité législative de l'Union et des États membres.
- 70 La troisième catégorie viserait les mesures dépourvues d'effets obligatoires (avis, coordination ouverte, communication, recommandation...). Il conviendrait, selon nous, de réfléchir à la manière la plus appropriée de faire ressortir le caractère non contraignant des instruments relevant de cette catégorie, tout en indiquant en même temps l'effet attendu de ceux-ci⁵⁴.

D. - Le rapport entre compétences et instruments de l'Union devrait être marqué par la flexibilité

- 71 Il conviendrait d'éviter l'établissement de liens systématiques (mécaniques, intangibles) entre compétences et instruments d'action de l'Union. Ainsi, une compétence qu'exerce l'Union au soutien de l'action des États membres ou afin d'assurer la coopération entre ceux-ci doit pouvoir continuer, dans certaines situations, à s'exercer, comme aujourd'hui, à travers des instruments contraignants (par exemple, les programmes-cadres pluriannuels en matière de recherche et de développement technologique ou les mesures législatives adoptées par l'Union dans le cadre du programme de mobilité d'étudiants Socrates/Erasmus). Dans les matières relevant de la compétence partagée entre l'Union et les États membres, l'action de l'Union ne saurait être systématiquement limitée à la définition de lignes générales, tandis que l'adoption de réglementations détaillées reviendrait aux États membres⁵⁵. Ainsi, s'agissant de la politique de la concurrence, qui procède d'une telle compétence partagée, il est indéniable que l'Union se trouve la mieux placée pour régler en détail, par exemple, les modalités de contrôle relatives aux concentrations de dimension communautaire. À l'inverse, le caractère exclusif d'une compétence de l'Union ne devrait pas exclure la possibilité d'adoption d'instruments non contraignants lorsque ceux-ci paraissent suffire pour atteindre l'objectif recherché (voir ci-après points 75 et 76).
- 72 Tout au plus conviendrait-il de réfléchir, conformément à la suggestion émise dans la Déclaration de Laeken, à l'opportunité de limiter le choix de l'Union, en termes d'instruments d'action, en ce qui concerne certaines matières relevant d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres, et ce, afin de garantir aux Parlements nationaux la possibilité d'une véritable contribution législative dans ces matières. Ainsi, par exemple, l'on peut se demander s'il ne serait pas indiqué que l'exercice par l'Union de la compétence qui lui est reconnue dans le domaine du marché intérieur n'exclue pas, en principe, la voie de normes relevant de la catégorie des "lois-cadres"⁵⁶. En revanche, pour les politiques communes, la possibilité généralisée d'adopter des "lois" paraît s'imposer.

⁵⁴ C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, *Rec.*, p. 4407 [précision de la portée juridique d'une recommandation au sens de l'article 249 CE (ex-article 189 du traité CE) à la lumière de l'obligation de coopération loyale contenue à l'article 10 CE (ex-article 5 du traité CE)].

⁵⁵ Comme l'a suggéré le Ministre-Président W. Clement dans son discours cité à la note 23.

⁵⁶ "En principe", parce que, moyennant une motivation appropriée, l'Union devrait pouvoir s'en départir en vue de l'efficacité de son action. Une telle approche est d'ailleurs en parfaite conformité avec le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité,

- 73 La flexibilité du rapport entre compétences et instruments de l'Union contribuerait à la préservation de la dynamique européenne, recherchée par la Déclaration de Laeken. L'outil qu'ils sont précisés et définis, les instruments d'action de l'Union relèvent parfois d'un choix opéré de longue date et qui n'a jamais été remis en cause en dépit de développements qui pourraient justifier un tel réexamen. Au vu de certaines évolutions marquantes, comme l'apparition de nouvelles aspirations citoyennes à l'égard de la construction européenne ou l'affirmation croissante de la dimension régionale, des politiques de l'Union peuvent donner l'impression d'être dotées d'instruments qui, s'ils étaient en phase avec le contexte de l'époque, apparaissent aujourd'hui en décalage par rapport à la nouvelle donne socio-politique.
- 74 Ainsi, l'efficacité de l'action projetée pourrait justifier que, dans certains domaines identifiés comme relevant de ses "core activities", l'Union puisse, en cas de nécessité, recourir à des instruments plus contraignants que ceux actuellement à sa disposition, afin d'aboutir, conformément aux vœux exprimés par les citoyens de l'Union (voir ci-après point 102), à une intégration plus tangible. À l'inverse, dans d'autres domaines, l'efficacité de l'action de l'Union pourrait s'accommoder d'un recours moins systématique à des instruments contraignants et d'une place plus grande réservée à ce qu'il est convenu d'appeler la "soft law".

E. - Le principe de proportionnalité doit continuer à encadrer le choix, par l'Union, de ses instruments d'action

- 75 La Déclaration de Laeken pose la question de savoir si, s'agissant du choix des instruments de l'Union, le principe de proportionnalité doit rester le principe de base. À nos yeux, la réponse ne peut être qu'affirmative. Ce principe⁵⁷, consacré à l'article 5, troisième alinéa, CE ("L'action de la Communauté n'exclut pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité"), et qui a été érigé par la C.J.C.E. en principe général de droit communautaire⁵⁸, doit amener l'Union à donner la préférence, en toutes circonstances, à l'instrument le moins contraignant qui suffit pour atteindre l'objectif poursuivi. En d'autres termes, il conduit à considérer l'instrument d'action prévu dans un domaine d'action

annexé au traité CE par le traité d'Amsterdam, point 6, où on peut lire : "Toutes choses égales par ailleurs, il convient de donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements, et à des directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées".

⁵⁷ Conformément à la jurisprudence de la C.J.C.E., il "exige que les actes pris par les institutions communautaires soient appropriés et nécessaires pour atteindre le but recherché, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante" (voir, notamment, C.J.C.E., 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, 15/83, *Rec.*, p. 2171, point 25; C.J.C.E., 11 juillet 1989, *Schröder*, 265/87, *Rec.*, p. 2237, point 21). Pour une analyse approfondie de ce principe, voir, notamment, W. Van Gerven, "Het evenredigheidsbeginsel : een beginsel met een groot verleden en een grote toekomst", in *In het nu, wat worden zal. Opstellen aangeboden aan H.C.F. Schoordijk*, Deventer, Kluwer, 1991, pp. 75 à 86; du même auteur, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *Journal des tribunaux*, 1992, pp. 305 à 309; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, Londres/La Haye, Kluwer, 1996, 288 pages. Pour de plus amples références doctrinales et jurisprudentielles, voir K. Lenaerts et P. Van Nuffel, *Europees Recht in hoofdlijnen, op. cit.*, pp. 157 à 162, notes en bas de page 160 à 176.

⁵⁸ Voir, notamment, C.J.C.E., 5 octobre 1994, *Crispoltoni e.a.*, C-133/93, C-300/93 et C-362/93, *Rec.*, I, p. 4863, point 41.

spécifique comme reflétant l'intensité maximale de l'exercice de la compétence attribuée à l'Union – et ce, que cette compétence soit exclusive ou partagée – et comme n'écartant pas l'adoption, par celle-ci, de modes d'intervention moins forts⁵⁹.

76 Le maintien du principe de proportionnalité, tel que formulé à l'article 5, troisième alinéa, CE, comme clé de voûte de l'action de l'Union paraît fondamental en ce qu'il offre aux États membres, aux autorités locales et régionales, aux secteurs d'activité économique et aux citoyens une protection contre toute action de l'Union impliquant des exigences ou des obligations sans mesure avec l'objectif invoqué au soutien de l'action concernée, protection dont le respect peut, le cas échéant, être garanti par la juridiction européenne⁶⁰.

⁵⁹ Voir le Protocole cité à la note 56.

⁶⁰ Voir, à titre d'exemples, C.J.C.E., 12 novembre 1996, *Royaume-Uni/Commission*, cité à la note 31; C.J.C.E., 13 mai 1997, *Allemagne/Parlement et Conseil*, C-233/94, *Rec.*, I, p. 2405 (concernant la directive relative aux systèmes de garantie des dépôts).

Extrait de K. LENAERTS ET M. DESOMER, « Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union : Values, Objectives and Means », *European Law Review*, 2002, p. 377-407.

D. COMMON MEANS: SIMPLIFICATION OF THE UNION'S INSTRUMENTS

1. *Analysis of the issues at stake*

Just as important for the balance of power between the Union and the Member States and for the overall enhancement of transparency and legal certainty as the specification of the general and matter-specific objectives of action by the Union, is a well-considered determination of the *means* to achieve these objectives. In our view, the influence of the various instruments at the disposal of the Union on different aspects of the perceived democratic deficit in the Union is a rather underexposed issue in the debate on the future of the Union. It is to the merit of the Heads of State or Government to have added this issue to the debate in the Laeken Declaration, under the heading “Simplification of the Union’s Instruments”. The specific nature of the Union’s action may indeed have a considerable broadening or limiting effect on the scope of the exercise by the Union of its powers and the impact thereof in the legal orders of the Member States. Recourse to non-binding recommendations where the enactment of a regulation or directive would have been desirable – in policy areas where identical or sufficiently homogeneous rules in all Member States are deemed necessary – can foster the idea of an abstract European construction not capable of transcending national disparities. Conversely, the option for a binding instrument in a matter where a mere indicative “soft law” tool could have sufficed or the issuing of very detailed rules where framework rules would have been sufficient may further the impression of a technocratic Union, exceeding its powers to the detriment of the national or regional powers.

It is clear from these examples that the nature⁹¹ of the policy instruments opted for by the institutions contributes directly to the perception Member States, regional and local entities and citizens have of the exercise by the Union of the powers conferred upon it by the Treaties. If a reorganisation of policy responsibilities between the Union and the Member States obtrudes itself in view of aligning these with the expectations cherished by the citizens, this should, in our view, to a large extent take place on the level of the policy instruments put at the disposal – or not – of the Union. A well-considered choice by the constituent power of the Union and, within the framework of the Treaties, by the political institutions of the Union of the appropriate policy instruments in each of the Union’s competence areas could be a pre-eminent way for the institutions to enforce the subsidiarity and proportionality principles in the everyday operation of the Union. Meanwhile, enough autonomy and flexibility should be left for the Union’s institutions to freely determine the appropriate form of action to tackle the policy question at stake.

2. *Examination of the types of instruments currently at the disposal of the Union*

⁹¹ In addition, the Commission’s White Paper on European Governance adopted on 25 July 2001 (COM (2001) 428) proposes guidelines (retrievable from the EU website http://europa.eu.int/comm/governance/white_paper/index_en.htm). See as well the final report of 13 November 2001 adopted by the Mandelkern Group on Better Regulation, the high-level advisory group set up by the Ministers for the national civil services in November 2000.

For each “pillar” of the European construction, a series of instruments for the Union to shape its respective policies is defined in the Treaties, with which most lawyers are more or less acquainted.⁹² This list is nevertheless not comprehensive. In the course of several Treaty revisions and in daily practice new types of instruments have emerged, allowing the Union in a flexible way to react to new challenges. This proliferation of policy instruments has contributed to the perceived lack of transparency and legal certainty in the functioning of the Union, since most of these newly created instruments lack clear definitions as regards their normative scope and their judicial enforceability.

From the actual state of the text itself it is clear only in respect of very few instruments that they are ascribed binding force. Pursuant to Article 14(1) TEU, “joint actions” shall commit the Member States in the positions they adopt and in the conduct of their strategy.⁹³ Second pillar “framework decisions”⁹⁴ and “decisions”⁹⁵ [Article 34(2)(b) and (c) TEU] and Community “regulations”⁹⁶, “directives”⁹⁷ and “decisions”⁹⁸ [Article 249 TEC] are all binding upon their “addressees”. Their respective impact in the legal orders of the Member States is further indicated in the Treaty provisions mentioned.⁹⁹

⁹² For the pursuance of the objectives of its common foreign and security policy, the Union can define “principles” and “general guidelines”, decide on “common strategies”, adopt “joint actions” and “common positions” and “strengthen systematic co-operation between Member States in the conduct of policy” [Article 12 to 15 TEU]. In the pillar related to police and judicial co-operation in criminal matters, the Union has at its disposal “common positions”, “framework decisions”, “decisions” and “conventions” [Article 34 TEU]. Finally, Article 249 TEC defines five instruments in the framework of the Community pillar: “regulations”, “directives”, “decisions”, “recommendations” and “opinions”.

⁹³ It appears from Article 23(1) TEU, however, that also the “common positions” and the other decisions taken by the Council in the framework of the Union’s common foreign and security policy are, in principle, binding. According to this provision, “[w]hen abstaining in a vote, [...] [the member] shall not be obliged to apply the decision, but shall accept that the decision commits the Union”. The binding character of the Union’s second pillar decisions is nevertheless not accompanied by judicial enforceability [Article 46 TEU].

⁹⁴ Framework decisions can for instance be adopted with a view to “establishing minimum rules relating to the constituent elements of criminal acts and to penalties in the field of organised crime, terrorism and illicit drug trafficking” [Article 31(1)(e) TEU].

⁹⁵ These aim, among others, at “preventing and combating of crime, organised or otherwise, in particular terrorism, trafficking in persons and offences against children, illicit drug trafficking and illicit arms trafficking, corruption and fraud” [Article 29, second paragraph, TEU].

⁹⁶ See Articles 37(2), 39, 40, 83(1), 89 and 110(1) TEC.

⁹⁷ See Articles 37(2), 40, 44, 46, 47(1) and 47(2), 52, 83(1), 86(3), 94, 96, 132(1) and, post-Nice, 137(2)(a) TEC.

⁹⁸ See Articles 37(2), 75(4), 76(1) and (2), 85 (2), 86(3) and 110(1) TEC.

⁹⁹ “Framework decisions” and “directives”, for instance, shall be binding upon the Member States as to the result to be achieved but shall leave to the national authorities the choice of form and method [Articles 34(2)(b) TEU and 249 TEC].

In respect of several other instruments mentioned in the Treaties no clear indication is made as to their binding character. This is so for so-called “initiatives” to promote co-ordination among Member States¹⁰⁰, “incentive measures”¹⁰¹, “(framework) programmes” and “activities”¹⁰², “impetus” and “political guidelines”¹⁰³ and “common positions”¹⁰⁴. With respect to again other types of instruments, the binding character can often be deduced from their place in the Treaties. This seems the case for the adoption of “decisions”¹⁰⁵ – other than those defined in Articles 34 TEU and 249 TEC –, “definitions”¹⁰⁶, “provisions”¹⁰⁷, “arrangements”¹⁰⁸, “measures” or “action”¹⁰⁹ and several unnamed but clearly binding acts^{110, 111}. These notions leave the institutions involved in the legislative decision-making process a freedom of choice of the appropriate instrument regarding form and normative scope.

Finally, acts “beyond nomenclature”, whatever their name, may also be used by the institutions to impose obligations on themselves. In accordance with the proverb “*patere legem quam ipse fecisti*”, the institutions are held to respect them; in case of violation, third parties showing a particular interest can enforce their respect before the Community judicature.¹¹²

Lastly, according to Article 249 TEC, non-binding instruments available to the Union are “recommendations”¹¹³ and “opinions”. In addition, the institutions often have recourse to

¹⁰⁰ See Articles 140, 155(2), 157(2), 165(1) and (2) and 180 (1) and (2) TEC.

¹⁰¹ See Articles 13(2) (post-Nice), 129, 149(4), 151(2) and (5) and 152(4)(c) TEC.

¹⁰² See Articles 166(1), 175(1) and (3) and 179 TEC.

¹⁰³ See Articles 4(1) and 13(1) TEU and Articles 14(3), 128(2), 155(1), first indent TEC.

¹⁰⁴ See Articles 15, 19 and 34(2)(a) TEU.

¹⁰⁵ See Articles 13(2) and (3) and 23(2) TEU – which are nevertheless not judicially enforceable – and Articles 18(2), 45, 80(2), 95(6), 104(6) and (9), 105(6), 122(2), 133(4) and 139(2) TEC.

¹⁰⁶ See Articles 102(2), 103(2) and 104(14) TEC.

¹⁰⁷ See Articles 18(2) and 22(2), 49(2), 71(1)(d), 75(3), 93, 167, 187 TEC.

¹⁰⁸ See Article 19 TEC.

¹⁰⁹ See, for instance, Article 34(2)(c) TEU and Articles 13(1), 14, 95, 42(1), 57(2), 60(1), 61 to 66, 71(1)(c), 88(1), 135, 137(2)(a), 141(3), 181A(1) (post-Nice), 301, 308, etc.

¹¹⁰ See Articles 26, 71(1)(a) and (b), 88(2), first and third paragraph, 133(1), 123(4) and (5) TEC.

¹¹¹ For a discussion, see C.A.J.M. Kortmann, “Het normenstelsel in het gemeenschapsrecht” (1996) *Sociaal-Economische Wetgeving* 4.

¹¹² See, for instance, CFI, Case T-105/95 *WWF UK v. Commission* [1997] E.C.R. II- 313, paras 53-55.

¹¹³ See Articles 37(2), 53, second paragraph, 97(1), 99(2) and (4), 104(7), 105(4), 110(1), 128, 149(4), 151(2) and (5) and 152(4) TEC.

other – often, but not always, “soft law” – instruments, like “resolutions”, “communications”¹¹⁴, “declarations”, “codes of conduct”, “deliberations” and, again, “decisions”. These are policy instruments which are not mentioned in the Treaties and may or may not intend to create legal effects.¹¹⁵ The expanded use of such instruments reflects an intensification of the informal dialogue between the institutions participating in the legislative process and, from the part of the Commission, an increased openness vis-à-vis the addressees of the policies developed by it.

3. *Simplification of the Union’s instruments*

It appears from the foregoing analysis that one instrument may purport to have *several meanings*, which is an evident source of confusion. For example, pursuant to Article 34(2)(c) TEU “decisions” shall not entail direct effect, whereas “decisions” envisaged by Article 249 TEC are carriers of rights and obligations for those to whom they are addressed. Besides, the denomination “decisions” may refer to acts “beyond nomenclature” of which the normative scope is sometimes uncertain.¹¹⁶

Moreover, the suspicion is nourished that the Union occasionally makes *improper use* of its arsenal of instruments. For more than two decades, for example, academic literature has commented on the use of directives in a manner that deviates from the definition contained in Article 249 TEC, by laying down very detailed Community legislation.¹¹⁷ This unintended

¹¹⁴ See for an in-depth contribution on the Commission’s use of “communications”, A.M. Tournepiche, “Les communications: instruments privilégiés de l’action administrative de la Commission européenne” (2002) *Revue du Marché commun et de l’Union européenne* 55-62.

¹¹⁵ See, for a discussion, K. Wellens and G.M. Borchardt, “Soft Law in European Community Law” (1989) *E.L.Rev.* 267-321; J. Klabbers, “Informal Instruments before the European Court of Justice” (1994) *C.M.L.Rev.* 997-1023. According to the case-law, it is up to the Community judicature to determine the legal effects brought about by such acts following an analysis of their content. Likewise, in specific circumstances, a resolution (ECJ, Case 32/79 *Commission v. United Kingdom* [1980] E.C.R. 2403, para. 11), communications (ECJ, Case C-325/91 *France v. Commission* [1993] E.C.R. I-3283, paras 14-30; ECJ, Case C-57/95 *France v. Commission* [1997] E.C.R. I-1627), a code of conduct (ECJ, Case C-303/90 *France v. Commission* [1991] E.C.R. I-5315, paras 15-35) and a conclusion of the Council (ECJ, Case 22/70, *Commission v. Council* [1971] E.C.R. 263, para. 53) have been qualified as binding acts of which the Community judge could check the legality or the respect. It is important, however, to stress that this qualification was in each case the strict result of the analysis of the content of the acts concerned and that it should therefore not be generalised to all acts bearing the same label.

¹¹⁶ See, for instance, CFI, *WWF UK v. Commission*, cited in n. 112.

¹¹⁷ See e.g. M. Hilf, “Die Richtlinie der EG – ohne Richtung, ohne Linie?” (1993) *Europarecht* 1-22; F. A. Schockweiler, “Les effets des directives dans les ordres juridiques nationaux” (1995) *Revue du Marché unique européen* 9-26; S. Van Raepenbusch, *Droit institutionnel de l’Union et des Communautés européennes* (Brussels, De Boeck Université, 2001, 3th ed.) 297; B. Biervert, *Der Mißbrauch von Handlungsformen im Gemeinschaftsrecht. Eine Untersuchung des gemeinschaftsrechtlichen Handlungsformensystems unter Einbeziehung der Rechtsordnungen Deutschlands, Frankreichs und Englands* (Baden-Baden, Nomos, 1999), 195 p.

use of directives is felt to lead to a considerable restriction of the policy margin of the Member States, notwithstanding the fact that such margin is their constitutional due. Likewise, the Union has been accused of using “soft law” instruments to effectively steer the policy of Member States and their regions to a maximal extent. Clement names in this respect the use by the Union of its spending power and the technique of “open co-ordination”, both instruments being perceived at the level of the Länder as compelling instruments, disrespecting their soft law character.¹¹⁸ Furthermore, the Union has endeavoured in the past to pass under the form of a “communication” the content of a proposal for a directive that was abandoned by the Council.¹¹⁹

On the whole, a general lack of precision in the definition of both the normative scope and the judicial enforceability of the policy instruments discussed above is apparent, which is an obvious source of opacity and legal insecurity. This situation contributes to sustaining the feeling among the Member States and local entities, as well as the citizens, that, on the basis of certain Treaty provisions permitting the use of whichever instrument to exercise its competence, the Union has acquired “carte blanche” in several policy areas.

This perception clearly demonstrates the close ties between the question of a more precise delimitation of powers between the Union and the Member States and the concern of a constitutional specification of the instruments which the Union has at its disposal to exercise its powers. Four ideas with respect to rationalising and better defining the instruments available to the Union will be developed, articulated along the following lines: transparency, legal certainty, flexibility and proportionality.

a) Transparency requires the introduction of a clear-cut distinction between legislative and executive measures

In its White Paper on Governance of 25 July 2001, the Commission acknowledges that Union *legislation* often includes an unnecessary level of detail. It attributes this phenomenon partly to the reluctance of Council and European Parliament to leave more room for policy execution to the Commission. The Commission states that in general, more use should be made of what it calls “primary” legislation, legislation limited to the essential elements such as basic rights and obligations, indicating the conditions to implement them so that the executive can fill in the technical detail via implementing “secondary” rules.¹²⁰

¹¹⁸ W. Clement, cited in n. 39.

¹¹⁹ Cf. ECJ, Case C-57/95, cited in n. 115, in which the Court annulled for this reason Commission Communication on an internal market for pension funds (*OJ* [1994] C 360/7). The likelihood of such deviations should however not be exaggerated, given the existence of surveillance mechanisms – political (at the level of the Council) and judicial – to prevent or sanction them.

¹²⁰ The Commission’s White Paper on European Governance, cited in n. 91, at 20. For a critical assessment, see the multiple interesting contributions of eighteen different authors in C. Joerges, Y. Mény and J.H.H. Weiler (Eds.), “Mountain or Molehill. A Critical Appraisal of the Commission’s White Paper on Governance”, Harvard Jean Monnet Working Paper No. 6/01, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010601.html>.

Currently, the founding Treaties of the Union do not contain any indications allowing checking whether a measure adopted by the Union by means of one or another instrument has a legislative or an executive nature. Neither the type of instrument, nor the identity of the author of the measure, is a decisive criterion in this respect. The Council can act both as a legislative and an executive body.¹²¹ From its part, the Commission can adopt measures that are not necessarily of an executive nature [see, for example, the measures mentioned in Article 86(3) TEC].¹²² Moreover, the Member States are often asked to implement the acts adopted at the level of the Union, more specifically directives. They as well exercise an “executive power” in most competence areas of the Union.¹²³

In line with the invitation launched to that effect in the Declaration of Laeken, it could be suggested to introduce a clear-cut distinction between legislative and executive measures in the future Constitutional Treaty.¹²⁴ A consultation of the case-law of the ECJ¹²⁵ reveals that legislative acts contain the basic policy choices by the Union, while respecting the limits and applicable procedures laid down in the Treaties in the competence area concerned. All other actions are to be considered of an executive nature, whether adopted by the authorities of the Union or of the Member States.¹²⁶ The clarification of this demarcation line is an essential

¹²¹ See Article 202, third indent, TEC. Since the same institution is acting in two different capacities it occurs that the demarcation line between the legislative activity, grounded in the Treaty itself and in respect of which the decision making procedures contained therein apply, and the executive activity, grounded in a previous (legislative) act and taking place in accordance with the decision making procedure foreseen by that act, is not respected. In other words, under the disguise of an executive act the scope of the legislative act may be modified, which may lead to the annulment of the act wrongly presented as of an executive nature: ECJ, Case C-93/00 *Parliament v. Council* [2001] not yet reported in E.C.R., paras 35-45.

¹²² See ECJ, Joined Cases 188 to 190/80 *France, Italy and United Kingdom v. Commission* [1982] E.C.R. 2545, paras 4-7.

¹²³ For a detailed analysis of the respective roles performed by the Commission, the Council and the Member States as “executive power” of the Union, see K. Lenaerts and A. Verhoeven, “Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision” (2000) *C.M.L.Rev.* 645-686; see as well D. Curtin and K. Mortelmans, “Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script” in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, Vol. II) 423-466.

¹²⁴ See, in this regard, the proposal of the Portuguese Presidency put forward in the course of the IGC of 2000 that resulted in the Treaty of Nice (CONFER 4740/00). For a discussion, see H. van Meerten, “Naar een nieuw Europees wetsbegrip?” (2001) *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 166-169.

¹²⁵ See, more specifically, ECJ, Case 25/70 *Köster* [1970] E.C.R. 1161, para. 6; ECJ, Case 230/78 *Eridania* [1979] E.C.R. 2749, para. 7; ECJ, Case 113/77 *NTN Toyo Bearing Company v. Conseil* [1979] E.C.R. 1185, para. 21; ECJ, Case 16/88 *Commission v. Council* [1989] E.C.R. 3457, paras 8-10.

¹²⁶ In Case 16/88 *Commission v. Council*, cited in n. 125, para. 11, the ECJ has specified: “The concept of implementation for the purposes of [Article 202 TEC] comprises both the drawing

requirement, in our view, for an eventual generalisation of co-decision by the European Parliament in the adoption of all legislative acts by the Union.

It would be beneficial to transparency if all acts executing Union measures, irrespective of whether the executive act was adopted by the Commission, the Council¹²⁷, a regulatory agency or by the Member States, could be identified “at a single glance”, by their name. As a general designation of such measures, the concept of “European executive regulation” could be introduced.

b) Rationalisation and categorisation of the legislative instruments to improve legal certainty

In accord with the suggestion contained in the Laeken Declaration, the number of legislative instruments available to the Union should be reduced. In addition, all legislative instruments should be carefully defined in the Union’s Constitutional Treaty as to their legal scope and judicial enforceability. Recourse to notions like “measures”, “rules”, “provisions”, etc. should thereby be avoided. In this manner, the permissible intensity of action by the Union in each (sub)matter in which it enjoys any competence could be specified. This would come down to either define all types of action available to the Union which currently are not defined in Article 249 TEC or in the EU Treaty, or to replace the non-defined instruments by a type of action that is defined in the Constitutional Treaty. Moreover, it could be considered to specify in the Constitutional Treaty certain notions that are fundamental in European law and that are presently mentioned in the Treaties, like “direct effect” or “binding” character. For citizens it may be a particularly delicate question to assess the precise bearing of a “decision” of which Article 34(2)(c) TEU asserts the “binding” character, but denies its “direct effect”, while at the same time it is not subject to the same mechanisms of judicial enforcement as those applying to “decisions” defined in Article 249 TEC.

The typology of legislative instruments put forward in the Laeken Declaration is to be considered a good impetus in this respect. The proposal comes down to a classification of the legislative instruments available to the Union into three categories: directly applicable rules, framework legislation and non-enforceable instruments.

A first category of legislative instruments, which could be designated with the general notion “laws”, would consist of legally binding norms with a general scope of application that do not require further legislative action by the Member States in order to produce their full effect (currently “regulations” and Community norms generally denominated “decisions”). Also in the future, the Union should be able to adopt detailed rules that are directly applicable in the legal orders of the Member States, including in matters belonging to the Union’s non-

up of implementing rules and the application of rules to specific cases by means of acts of individual application.”

¹²⁷ Also in the future, the Council should be able to adopt, in motivated cases, executive measures. For a reflection on the horizontal balance of powers in the Union, see K. Lenaerts and A. Verhoeven, “Institutional balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance” in C. Joerges and R. Dehousse (Eds.), *Good Governance in Europe’s integrated Market* (Oxford, Oxford University Press, 2002) 35-88.

exclusive powers.¹²⁸ This raises the question as to the inclusion in this category of third pillar “decisions” [Article 34 TEU], in view of a *communautarisation* of the latter (cf. *infra*).

Similar to Article 75 of the German Constitution, the exercise by the Union of certain non-exclusive powers could be subjected in the Constitutional Treaty to the restriction that the Union could only enact “framework legislation”.¹²⁹ The second category of legislative instruments would then consist of norms that are equally obligatory and general in scope, but whose full effect would depend on the exercise, by the Member States, of legislative options with a view to attaining the result put forward in these norms. The efficiency of these norms relies on a legislative co-responsibility of the Union and the Member States. This approach is federalist in its essence, since it rests on the principle of loyal co-operation between the Union and its Member States, under supervision of the Commission and, in case of dispute, the ECJ.

Both Community directives [Article 249 TEC] and third pillar framework decisions [Article 34 TEU] fit the definition of “framework legislation” established above. When a *communautarisation* of the third pillar of the Union is carried through¹³⁰, both types of instruments can thus be merged. Until such fundamental reform is implemented, there are important reasons of transparency to *maintain* the distinctive notions of “directives” and “framework decisions”. Besides the exclusion in Article 34 TEU of the possibility for individuals to directly rely on them, framework decisions differ from directives as to their judicial enforceability. The ECJ’s jurisdiction to give preliminary rulings on the validity and interpretation of framework decisions and other third pillar instruments is subject to the condition of acceptance thereof by the Member States [Article 35(1) and (2) TEU].¹³¹ Furthermore, the Commission cannot bring infringement proceedings against a Member State in case of non-compliance with their obligation to implement framework decisions. Article 35(6) TEU contains a procedure for review of the legality of framework decisions and decisions adopted pursuant to Article 34 TEU on the same grounds as enumerated in Article 230 TEC. However, only Member States or the Commission can initiate the procedure of Article 35(6) TEU, whereas, contrary to what is the case in the Community pillar, the

¹²⁸ For a different view, see the draft Lamassoure Report, cited in n. 36, point 13.

¹²⁹ Since it would be very hard to give a uniform definition of the notion “framework legislation” that could be applied in diverse non-exclusive fields of competence where this is deemed desirable, the substantial scope of the Union’s power to enact framework legislation could be specified, as well as the scope of issues that are substantially left to the Members States as executors of the framework legislation adopted by the Union.

¹³⁰ It is to be hoped that this will be a priority for the Convention on the future of the European Union, in order to secure co-decision for the European Parliament in these citizen-related matters as well as full judicial control by the Court of Justice, see further K. Lenaerts, “La déclaration de Laeken: premier jalon d’une Constitution européenne” (2002) *Journal des Tribunaux – Droit européen* 29-42.

¹³¹ Three Member States – UK, Ireland and Denmark – have not made such declaration yet. Moreover, also by means of a declaration, Member States may limit the range of national courts that may request the ECJ to give such preliminary rulings [Article 35(3) TEU]. For an overview, see K. Lenaerts, “Préface” in G. de Kerchove and A. Weyembergh (Eds.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l’Union européenne* (Brussels, Éditions de l’Université de Bruxelles, 2001) 255 p.

European Parliament and natural and legal persons are prevented from bringing an action for annulment in this pillar. Moreover, jurisdiction of the ECJ is ruled out regarding “review [of] the validity or proportionality of operations carried out by the police or other law enforcement services of a Member State or the exercise of the responsibilities incumbent upon the Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security”. Restricted access to the ECJ for challenging or enforcing framework directives and other third pillar measures is remarkable since police and judicial co-operation in criminal matters may be particularly sensitive in relation to respect for fundamental rights.¹³²

Lastly, the third category would consist of the instruments lacking coercive force (opinion, open co-ordination, communication, recommendation, etc.). In our view, a reflection is needed on the appropriate ways to better express the non-binding character of the norms belonging to this category and to indicate their intended effect.¹³³

c) *The relationship between the powers and the instruments of the Union should be characterised by flexibility*

It appears important to avoid the establishment of overly stringent ties between the powers and the instruments of the Union, in order not to put at risk the dynamism that has characterised the European integration process so far.¹³⁴ In the exercise of its non-exclusive powers, the Union should not be systematically confined to defining the general principles, leaving the adoption of all detailed legislation to the Member States.¹³⁵ It is undeniable, for instance, that the Union is in the best position to regulate in detail – by means of regulations – the operation of the financial markets or the modes of control regarding concentrations with a Community dimension, since in these matters a uniform application and legal certainty across the Union are essential. Also when pursuing objectives which confine a mere supportive role for the Union, the Union should continue to be able to adopt binding instruments, like, for instance, multiannual framework programmes in the field of research and technological development or legislative measures encouraging the mobility of students in the framework of the Socrates/Erasmus programme. Conversely, the exclusive nature of a Union power should not exclude the adoption of non-binding instruments if these appear sufficient to attain the determined objective.

¹³² Recently, political agreement has been reached, for instance, on the adoption of a Council Framework Decision on combating terrorism (COM (2001) 521, *OJ* [2001] C 332E/300) and a Council Framework Decision on the European arrest warrant and the surrender procedures between the Member States (COM (2001) 522, *OJ* [2001] C 332E/305). For a discussion of these proposals, see E. Barbe, “Une triple étape pour le troisième pilier de l’Union européenne. Mandat d’arrêt européen, terrorisme et Eurojust” (2002) *Revue du Marché commun et de l’Union européenne* 5-9.

¹³³ See, for instance, ECJ, Case C-322/88 *Grimaldi* [1989] E.C.R. 4407 (specification of the normative scope of a recommendation within the meaning of Article 249 TEC in the light of the duty of sincere co-operation following from Article 10 TEC).

¹³⁴ This concern is also expressed in the Laeken Declaration.

¹³⁵ For a different opinion, see Minister-President W. Clement’s speech cited in n. 39.

In conformity with the principle of subsidiarity, the efficiency of the envisaged action should be the fundamental criterion when choosing the appropriate legislative instrument for action by the Union. Hence, this could require that in certain fields belonging to the Union's core activities the Union could have recourse to more coercive instruments than currently at its disposal with a view to realising, in line with citizen's expectations, the tasks assigned to it. For example, in the field of the Union's common policies, a generalised possibility to adopt "laws" seems appropriate. Conversely, in other fields the efficiency of action by the Union could be served by a less systematic recourse to binding instruments and the reservation of a more prominent place for "soft law" instruments, like the open co-ordination method. Also, the introduction of the notion "framework legislation" in the Constitutional Treaty could shape a strategy of possible reorganisation of competence in the light of the subsidiarity principle, for instance in the policy matters flanking the integration of the internal market, like social, environmental and cohesion policy.¹³⁶ This would have the effect of guaranteeing the national parliaments the possibility of a veritable legislative contribution in these matters.

In its White Paper on Governance of 25 July 2001, the Commission acknowledges the need for flexibility in the choice of instruments for action by the Union in order to attain the objectives laid down in the Treaties at the most efficient level.¹³⁷ The Commission recognises the need for close coherence between the use of different policy instruments and for more thought to be given to their selection (e.g. regulations versus what the Commission calls "framework directives"). More specifically, formal rules should be more often combined with non-binding tools such as recommendations, guidelines and even self-regulation. Implementing measures may under certain conditions be prepared within the framework of co-regulation¹³⁸. Lastly, the Commission advocates complementing or reinforcing the Community method by the use of the so-called "open method of co-ordination"¹³⁹.

¹³⁶ In our view, the Union should however still be able to take, in motivated cases, recourse to binding instruments when the efficiency of the planned action so requires.

¹³⁷ See as well the Commission's Communication on "Simplifying and improving the regulatory environment" (COM (2001) 726) and its Report on Better Lawmaking 2001 (COM (2001) 728) (respectively adopted on 5 and 7 December 2001) presented at the European Council of Laeken (14 and 15 December 2001).

¹³⁸ According to the Commission's definition, co-regulation combines binding legislative and regulatory action with actions taken by the actors most concerned, drawing on their practical expertise. The result aimed at is "wider ownership of the policies in question by involving those most affected by implementing rules in their preparation and enforcement".

¹³⁹ The method of open co-ordination is defined as "a way of encouraging co-operation, the exchange of best practices and agreeing common targets and guidelines for Member States, sometimes backed up by national action plans as in the case of employment and social exclusion". It relies on "regular monitoring of progress to meet those targets, allowing Member States to compare their efforts and learn from the experience of others." At the Extraordinary European Council held in Lisbon on 23-24 March 2000 on the development of a new strategic goal for the Union in order to strengthen employment, economic reform and social cohesion as part of a knowledge-based economy, the open method of co-ordination was introduced "at all levels", "coupled with a stronger guiding and co-ordinating role for the European Council to ensure more coherent strategic direction and effective monitoring of progress" (*Bull. EU* 3-2000, I.1). This method is applied in practice in various spheres of the social policy sector, more specifically pensions, public health, combating of poverty and quality of labour.

d) *Proportionality should continue to be the guiding principle in the Union's choice of policy instruments*

The Declaration of Laeken raises the question of whether the principle of proportionality is to remain the point of departure in the choice of the Union's instruments. In our view, the question should be answered in the affirmative. This principle¹⁴⁰, which is recognised by the ECJ as a general principle of Community law¹⁴¹, has to guide the Union in giving preference, in all circumstances, to the least coercive and peremptory instrument sufficing to attain the pursued objective. In other words, the instrument prescribed in a specific competence matter should be considered as reflecting the maximal intensity of the exercise by the Union of its attributed powers – disregarding the qualification of that power as exclusive or non-exclusive – and as not excluding the adoption of less stringent modes of action.¹⁴² Thus, the principle of proportionality offers Member States, regional and local authorities, economic sectors and citizens protection against the imposition by the Union of all sorts of requirements and obligations out of proportion to the objective invoked to sustain the action concerned.

¹⁴⁰ In conformity with the case-law of the ECJ, “by virtue of that principle, [...] measures adopted by Community institutions must not exceed what is appropriate and necessary to attain the objective pursued”, or, in other words, “when there is a choice between several appropriate measures, the least onerous measure must be used and the charges imposed must not be disproportionate to the aims pursued” (see, in particular, ECJ, Case 15/83 *Denkavit Nederland* [1984] E.C.R. 2171, para. 25; ECJ, Case 265/87 *Schröder* [1989] E.C.R. 2237, para. 21).

¹⁴¹ See ECJ, Joined Cases C-133/93, C-300/93 and C-362/93 *Crispoltoni and others* [1994] E.C.R. I-4863, para. 41.

¹⁴² In accordance with the Protocol cited in n. 58.