

NOTE

du :	Praesidium
à la :	Convention
Objet:	Les instruments juridiques: système actuel

Les membres de la Convention trouveront ci-après la note de réflexion concernant les instruments dont disposent l'Union et la Communauté pour l'exercice de leurs compétences, législatives et exécutives, et les procédures pour établir et utiliser de tels instruments (CONV 50/02), complétée par une quatrième partie esquissant les pistes de réflexion identifiées par le débat au sein de la Convention les 23 et 24 mai 2002.

NOTE DE RÉFLEXION

Objet: Les instruments juridiques: système actuel

Sommaire

1. Le thème des instruments juridiques constitue la suite logique de celui des compétences : une fois qu'il a été décidé de mettre en œuvre une compétence, il faut déterminer *qui* peut le faire, *comment*, et avec *quels* effets. Cette question fondamentale est abordée dans les trois parties de la note:

- le catalogue d'instruments dont disposent l'Union et la Communauté: forme et effets;
- le *modus operandi* des institutions;
- la qualité de la législation.

Une quatrième partie aborde les pistes de réflexion ouvertes par le débat au sein de la Convention.

2. La note donne un aperçu du développement, au cours du temps, du catalogue d'instruments dont disposent l'Union et la Communauté: forme et effets.

- Elle explique d'abord la classification initiale de l'article 249 du TCE (décision, règlement, directive, recommandation et avis), le législateur étant largement libre de choisir entre ces instruments au cas par cas.
- La note relève ensuite que, en dehors de la classification de l'article 249 du TCE, d'autres articles du traité CE font appel à des instruments spécifiques de portée et nature diverses dont les effets juridiques sont souvent difficiles à appréhender.
- De plus, le TUE comporte quant à lui deux catalogues, présentés dans la note, d'instruments spécifiques aux secteurs de la politique étrangère ainsi que de la coopération en matière pénale, secteurs dans lesquels l'effet direct a été explicitement écarté.
- Enfin, la pratique a développé certains instruments, non prévus dans les traités, dont la valeur juridique est sujette à caution mais qui ne sont pas dépourvus d'effets.

3. Cette multiplication d'instruments constitue-t-elle un facteur d'insécurité juridique et une des raisons de l'opacité dont l'Union est accusée?

4. Pour réaliser les objectifs et exercer les compétences de l'Union et de la Communauté, les traités attribuent des pouvoirs aux institutions. Mais, comme l'explique la note, le système institutionnel de l'Union ne repose pas sur les principes de la séparation des pouvoirs assortie d'une définition des fonctions habituelles des institutions comme le prévoit le droit constitutionnel classique. Les traités esquissent plutôt de manière pragmatique des formes de collaboration entre des institutions qui représentent des intérêts différents.
5. Le pouvoir législatif n'est pas défini par les traités, qui se limitent à définir, au cas par cas, les rôles respectifs des institutions impliquées (le Conseil et le Parlement européen en tant que colégislateur ou selon un degré variable de participation, la Commission jouant également un rôle important de par ses prérogatives d'initiative). Ces rôles s'exercent en fonction d'un nombre très élevé de procédures.
6. En ce qui concerne le pouvoir d'adopter des normes d'exécution des actes de droit dérivé (normes de troisième niveau) au niveau communautaire, le traité précise que:
 - le Conseil "confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités.
 - Il [le Conseil] peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution".
7. L'absence de système cohérent de procédures de prise de décision et la grande diversité de celles-ci sont-elles des facteurs supplémentaires de complexité et d'opacité?
8. La note évoque finalement la problématique de la qualité de la législation communautaire et de sa capacité à s'adapter à la complexité et à la rapidité des changements, surtout dans le domaine économique. Dans ce contexte, elle se réfère aux réflexions menées au sein des institutions européennes, et en particulier de la Commission, sur les possibilités - à "traités constants" - d'une simplification et d'une rationalisation de l'environnement réglementaire, et présente en détail les divers mécanismes envisagés (consultations, analyses d'impact, corégulation et autorégulation, évaluation et suivi de la législation, etc.).
9. Convierait-il de consacrer certains de ces mécanismes dans les traités?

Introduction

10. Le thème des instruments juridiques constitue la suite logique de celui des compétences (cf. CONV 47/02): une fois qu'il a été décidé de mettre en œuvre une compétence, l'Union/la Communauté doit décider qui doit le faire, comment, et avec quels effets. La présente note abordera les sujets suivants:

I. Le catalogue d'instruments dont disposent l'Union et la Communauté: la forme et effets

II. Le "modus operandi" des institutions

III. La qualité de la législation

IV. Pistes de réflexion

I. Le catalogue d'instruments dont disposent l'Union et la Communauté: forme et effets

11. Ici comme ailleurs, l'évolution de la Communauté et de l'Union au rythme des traités qui se sont succédé a été faite de superpositions qui excluent au bout du compte toute possibilité de systématisation. À la classification initiale de l'article 249 du TCE se sont ajoutés nombre d'actes de droit dérivé dont certains ont la même dénomination que ceux énumérés à cet article mais avec des caractéristiques propres. Parfois, il s'agit d'actes de nature juridique douteuse, d'autres fois, c'est le caractère contraignant qui n'est pas certain. Enfin, si la plupart de ces actes sont prévus par les traités, la pratique a consacré des instruments qu'on ne saurait qualifier de juridiques mais dont la force contraignante est avérée de facto.

A. La typologie des actes de droit dérivé de l'article 249 du TCE

12. L'article 249 contient l'énumération classique des actes juridiques communautaires et de leurs effets. Il distingue entre les actes obligatoires (la décision, le règlement et la directive) et les actes non obligatoires (la recommandation et l'avis). (Il convient de noter que les recommandations et les avis ne sont pas dépourvus d'effets juridiques, en particulier comme instruments d'interprétation).
13. En ce qui concerne les actes obligatoires, la décision "est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne". Elle constitue donc un acte individuel n'ayant pas de portée générale. À l'inverse, la directive et le règlement ont une portée générale et sont de nature normative. Toutefois, alors que la première s'adresse aux États membres en établissant une obligation de résultat, le règlement s'adresse directement aux citoyens et il est obligatoire dans tous ses éléments. La directive fixe donc un résultat à atteindre, tout en laissant aux États membres la compétence quant à la forme et aux moyens (bien que la jurisprudence ait reconnu que les directives peuvent avoir, dans certaines conditions, un effet direct ¹.) Dans la pratique, l'instrument de la directive se caractérise par la flexibilité offerte au législateur. Celui-ci peut, selon les besoins, se contenter de fixer le cadre très général d'une politique ou des normes minimales ², mais il peut aussi prévoir, dans des cas particuliers, des dispositions très détaillées laissant peu ou ne laissant pas de marge de transposition aux États membres ³.
14. Néanmoins, nombreux sont ceux qui ont vu dans la directive un moyen de légiférer plus en accord avec l'esprit du principe de subsidiarité. On pourrait dire toutefois que, si le principe de subsidiarité est la clé des décisions relatives à l'exercice des compétences, c'est plutôt le principe de proportionnalité, tel qu'il est défini à l'article 5 du TCE ("l'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité"), qui régit le choix de l'instrument juridique utilisé pour la mise en œuvre de ces compétences. Le point 6 du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité

¹ La jurisprudence de la Cour qui a reconnu l'effet direct des directives vise seulement les cas où un État n'a pas transposé ou a mal transposé une directive à l'expiration du délai prévu. En outre, il faut que, par leur nature même, les dispositions en question puissent produire cet effet direct, c'est-à-dire qu'il doit s'agir de dispositions précises et non conditionnelles. Enfin, l'effet direct pourra être invoqué à l'égard de l'État fautif mais pas d'un particulier.

² Exemples: les directives-cadres plus récentes en matière d'environnement ainsi que des propositions de directive récentes en matière d'immigration et asile.

³ Ceci est le cas, par exemple, des directives prévoyant des procédures de coopération étroite entre les autorités nationales (directive 91/414 concernant la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques, directives OGM 1990/219 et 2001/18).

prévoit qu'il convient de donner une certaine préférence à des directives plutôt qu'à des règlements, et à des directives-cadres (instrument inconnu dans la typologie du traité) plutôt qu'à des mesures détaillées. Le point 7 de ce protocole précise que "les mesures communautaires doivent offrir aux États membres des solutions différentes pour réaliser les objectifs de la mesure". Pourtant, chaque instrument semble avoir ses avantages: face à la flexibilité de la directive, qui permet de tenir compte de la spécificité institutionnelle et juridique de chaque État membre, le règlement a l'avantage de son application immédiate et homogène, indispensable dans certains domaines.

15. À quelques exceptions près ⁴, le traité laisse au législateur la liberté de choix quant à l'instrument à utiliser, notamment entre le règlement et la directive en tant qu'instruments législatifs "par excellence". Ce choix est indépendant des catégories de compétences (compétences exclusives, concurrentes ou partagées, complémentaires), bien que certains aient fait valoir que, pour l'application effective des principes de subsidiarité et proportionnalité, il faudrait limiter le choix du législateur communautaire à certains instruments réputés adaptés aux différents types de compétences. Par exemple, dans les cas de compétences concurrentes, il faudrait avoir recours à des directives ou des directives-cadres. La question du choix entre la directive et le règlement n'épuise pas non plus la question de l'intensité appropriée de l'action communautaire. La réalité de la législation communautaire montre que le degré de détail des normes (et par conséquent la liberté d'action laissée aux autorités nationales) est très variable.

B. Actes communautaires en dehors de la typologie de l'article 249

16. L'article 249 n'épuise pas la liste des instruments communautaires prévus par le traité CE pour la mise en œuvre des compétences. D'autres articles font appel à des instruments spécifiques de portée et nature variables dont les effets juridiques sont souvent difficiles à appréhender. C'est le cas, par exemple, des "orientations", terme qui apparaît en matière de coordination économique, de politique de l'emploi ⁵ et de réseaux transeuropéens, ou encore du "programme-cadre", utilisé en matière de recherche ou des programmes d'action dans le domaine de l'environnement, etc. Plus difficiles encore à cataloguer sont les cas où la compétence communautaire est exercée par le biais d'une coordination entre les États membres.

⁴ Certaines bases juridiques imposent un instrument en particulier. C'est le cas, par exemple, de l'article 89, qui impose la forme du règlement, tandis que les articles 47, 52, 96 ou 94 (ex- article 100) et l'article 137 imposent celle de la directive, l'article 83 permettant quant à lui de choisir entre directive et règlement.

⁵ Il faut noter que les orientations en matière de coordination économique et de politique sociale sont fondées sur les "conclusions" du Conseil européen, qui sont en principe dépourvues d'effets juridiques.

17. Par ailleurs, il est intéressant de noter que le terme "décision" ⁶ est souvent utilisé, dans la pratique, en rapport avec des textes à caractère normatif et de portée générale. Il s'agit d'actes juridiques hétérogènes mais bien différents des décisions au sens de l'article 249 du traité. C'est le cas, par exemple, de la décision relative au système des ressources propres, de la décision fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission (décision "comitologie") ou des décisions fondées sur l'article 308.
18. La même confusion terminologique touche certaines normes que le traité dénomme "décisions d'application" ⁷, ce qui pourrait conduire à imaginer qu'il s'agit de normes d'exécution (troisième niveau). C'est le cas par exemple des articles 148 et 162 relatifs, respectivement, au Fonds social européen et au Fonds européen de développement régional.
19. C'est la raison pour laquelle certains ont fait valoir que, dans l'intérêt de la transparence et de la lisibilité des actes communautaires, il conviendrait de réduire et/ou de cataloguer de manière exhaustive le nombre d'instruments dont la Communauté dispose pour mettre en œuvre les compétences.

C. Actes adoptés en vertu du titre V du TUE

20. Malgré l'unité institutionnelle partagée avec le système communautaire, le titre V et le titre VI du TUE reposent sur des principes bien différents de ceux qui sous-tendent l'édifice communautaire. Ils ébauchent un ordre juridique dans lequel l'effet direct des instruments de droit dérivé a été explicitement écarté, ces instruments se limitant à créer des obligations au niveau des États membres et des institutions de l'Union.
21. L'article 12 du TUE contient un catalogue d'instruments en matière de politique étrangère :
- les principes et orientations générales sont des actes politiques adoptés par le Conseil européen;
 - les stratégies communes, élaborées par le Conseil et adoptées à l'unanimité par le Conseil européen, définissent les objectifs et les moyens d'action de l'Union dans un domaine d'intérêt commun pour les États membres. Leur caractère juridique peut être affirmé puisqu'elles permettent l'adoption à la majorité qualifiée d'actes de mise en œuvre (actions communes, positions communes ou toute autre décision);

⁶ Ce problème ne concerne pas toutes les langues : ces actes sont correctement distingués dans certaines langues (par exemple, en allemand : "Beschluss" vs. "Entscheidung" au sens de l'article 249).

⁷ (en allemand : "Durchführungsbeschluss").

- les actions communes concernent certaines situations où l'action opérationnelle de l'Union est nécessaire. Elles sont contraignantes pour les États membres sans que l'on donne plus de détail sur leurs conséquences;
 - les positions communes définissent la position de l'Union sur une question particulière, de nature géographique ou thématique. Les États doivent s'y conformer dans le cadre de leurs politiques nationales et de leur action diplomatique;
 - le renforcement de la coordination systématique entre les États membres pour la conduite de leur politique peut revêtir des formes diverses et constitue plus une méthode d'action qu'un instrument en soi.
22. En dehors du catalogue de l'article 12, le titre V prévoit d'autres instruments: c'est le cas de l'information mutuelle et la concertation mentionnées à l'article 16 et des mandats concernant l'UEO prévus par l'article 17. Par ailleurs, il convient de noter que le titre V introduit de nouvelles acceptions du terme "décision"⁸, qui est utilisé dans un sens large en tant que mesure adoptée sur la base du titre V mais aussi en tant qu'acte de mise en œuvre des actions communes et des positions communes, auquel cas les décisions sont adoptées à la majorité qualifiée⁹. En outre, d'autres instruments, comme les lignes directrices, les codes de conduite ou les déclarations du Conseil et de la présidence de l'Union, ont été consacrés par la pratique. En somme, la panoplie complète des instruments de la politique étrangère est particulièrement difficile à définir. Ces instruments ont des conséquences qui sont difficiles à comprendre avec la seule aide de leur classification dans le traité.

D. Actes adoptés en vertu du titre VI du TUE

23. Le traité de Maastricht avait prévu largement les mêmes instruments pour la coopération en matière PESC et pour celle en matière de justice et affaires intérieures (JAI) – le "3^e pilier". Le traité d'Amsterdam a modifié les instruments disponibles dans les domaines de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, qui sont restés dans le "3^e pilier".
24. L'article 34 du TUE distingue quatre types d'actes:

⁸ Comme cela a déjà été signalé, ce problème ne concerne pas toutes les langues.

⁹ Il faut rappeler que la règle de la majorité qualifiée ne s'applique pas aux décisions ayant des implications militaires ou dans le domaine de la défense et qu'elle peut faire l'objet de l'opposition d'un État membre, la question pouvant être renvoyée devant le Conseil européen qui statue à l'unanimité.

- les positions communes définissent l'approche de l'Union sur une question déterminée. Rien n'est dit sur leur caractère contraignant;
- les décisions-cadres visent le rapprochement des dispositions législatives. Elles lient les États membres quant au résultat à atteindre. Elles rappellent la directive mais l'effet direct est explicitement exclu;
- les décisions ne peuvent pas être utilisées pour le rapprochement des dispositions législatives nationales. Elles sont obligatoires mais, comme dans le cas des décisions-cadres, l'effet direct est écarté;
- les conventions sont des instruments adoptés par le Conseil mais soumis à la ratification des États membres. Proches des instruments de droit international classique, elles entrent en vigueur dans les États membres qui les ont ratifiées quant elles ont recueilli plus de la moitié des ratifications.

L'article 34 prévoit aussi des mesures, à adopter à la majorité qualifiée ¹⁰, pour mettre en œuvre les décisions et conventions.

25. En dépit des améliorations apportées par le traité d'Amsterdam, nombreux sont ceux qui soutiennent que ces instruments ne conviennent pas encore parfaitement à un domaine qui génère une activité législative considérable, à la différence du domaine de la politique étrangère et de sécurité commune pour lequel les instruments du traité UE avaient été conçus au départ.

E. Instruments atypiques

26. Les dispositions des traités n'épuisent pas les moyens d'action des institutions. Au fil du temps, d'autres instruments, dont la valeur juridique n'est pas toujours pleinement éprouvée mais qui ne sont pas dépourvus d'effets, ont été mis au point.

¹⁰ Il s'agit de majorités qualifiées spéciales : soixante-deux voix représentant dix États membres dans le cas des mesures d'application des décisions et deux tiers des parties contractantes dans le cas des

27. Appartiennent à cette catégorie, notamment :

- les accords interinstitutionnels, qui traduisent dans la pratique le principe de coopération loyale entre les institutions. Nul ne doute de leur efficacité en tant qu'instrument d'autodiscipline pour les institutions, en particulier dans les domaines budgétaire et législatif;
- les conclusions et résolutions du Conseil européen, qui ont un caractère politique plutôt que juridique, mais qui peuvent avoir une incidence considérable sur les procédures législatives;
- les résolutions et conclusions du Conseil, qui n'ont qu'une valeur politique mais qui ne sont pas complètement dépourvues d'effets juridiques. Elles ont une valeur interprétative des actes juridiques ainsi que l'a reconnu la Cour;
- les déclarations des États membres inscrites au procès-verbal ou dans les conclusions du Conseil, qui n'ont pas d'effets juridiques;
- les déclarations annexées par les institutions à certains actes juridiques, qui n'ont qu'une valeur déclarative.

28. Certains ont vu dans la multiplication des instruments qui a accompagné l'extension des politiques de l'Union, un facteur d'insécurité juridique et une des principales raisons de l'opacité dont l'Union est accusée. C'est la raison pour laquelle certains ont fait valoir qu'il fallait réduire la panoplie des instruments et/ou qu'il fallait harmoniser les effets juridiques des instruments dans les trois piliers.

II. Le modus operandi des institutions

29. Pour réaliser les objectifs et exercer les compétences de l'Union et de la Communauté, les traités attribuent des pouvoirs aux institutions.

conventions.

Cette attribution ne repose pas sur un système de séparation des pouvoirs et on ne trouve pas d'énoncé général dans les traités définissant les fonctions habituelles des institutions dans un État de droit. Si le pouvoir législatif appartient soit conjointement au Conseil et au Parlement européen en tant que colégislateurs, soit au Conseil avec la participation du Parlement européen, la Commission intervenant, dans les deux cas, dans le processus législatif, l'attribution du pouvoir exécutif, y inclus le pouvoir de dicter des normes d'exécution, est déterminée au cas par cas au cours du processus législatif. Le troisième tiret de l'article 202 du TCE indique que le Conseil "confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit.... Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution".

A. Le pouvoir législatif

30. Le pouvoir législatif, compris comme la capacité de prendre des décisions de droit dérivé (normes de deuxième niveau) en application du traité, est exercé soit conjointement par le Conseil et le Parlement européen en tant que colégislateurs soit par le Conseil avec la participation plus ou moins poussée du Parlement dans la plupart des cas. La Commission joue également un rôle important dans le cadre du pilier communautaire, à travers ses prérogatives d'initiative législative. Le pouvoir législatif n'est pas défini par les traités. Le traité CE fait référence à la fonction du Conseil en tant que législateur uniquement en matière d'accès aux documents (article 207, paragraphe 3). Les traités délimitent les rôles respectifs des institutions au cas par cas selon un nombre très élevé de procédures.
31. Si on classe les procédures en combinant seulement deux paramètres, le système de vote au Conseil et la participation du Parlement, on se trouve devant un nombre considérable de combinaisons :
 - majorité qualifiée avec codécision,
 - majorité qualifiée avec coopération (même si elle est résiduelle),
 - majorité qualifiée avec avis conforme,
 - majorité qualifiée et avis simple,
 - majorité qualifiée sans intervention du Parlement,
 - unanimité avec codécision,
 - unanimité avec avis conforme,
 - unanimité avec avis simple,
 - unanimité sans participation du Parlement

Ce catalogue ne concerne que le pilier communautaire et ne tient compte ni de l'exigence relative aux avis du Comité économique et social et du Comité des régions, ni des majorités spécifiques requises dans certains cas particuliers. Il faut, par ailleurs, ajouter les procédures spéciales comme la procédure budgétaire (qui, dans la pratique, s'écarte sensiblement de ce qui est prévu dans le traité), la procédure électorale uniforme, etc.

32. L'application de telle procédure à telle matière s'explique plus par des motifs historiques (négociation diplomatique lors des réformes successives des traités) que par une quelconque logique systématique. Le seul principe qu'il est possible d'identifier est la tendance à la généralisation de la majorité qualifiée au Conseil accompagnée du pouvoir de codécision accordé au Parlement.
33. Quelques exemples sont révélateurs de ce manque de cohérence. Même si la règle générale est que la codécision est accompagnée d'un vote à la majorité qualifiée au Conseil, certaines dispositions, même après Nice, prévoient la procédure de codécision avec unanimité au Conseil, avec les complications que cela implique du point de vue de la négociation entre les deux institutions ¹¹.

Dans certains domaines, une différenciation est opérée par secteurs. Par exemple, l'article 18, après Nice, soumet la libre circulation à un vote à la majorité qualifiée au Conseil, sauf en ce qui concerne les mesures relatives aux passeports, aux cartes d'identité, à la protection sociale et à la sécurité sociale, pour lesquelles la majorité sera toujours nécessaire. De même, l'article 175 relatif à l'environnement exige, comme exception, l'unanimité pour certaines matières: dispositions fiscales, aménagement du territoire et approvisionnement énergétique.

Mentionnons également le phénomène des passerelles, qui permet ou exige que certaines matières passent, après un laps de temps donné, de l'unanimité au vote à la majorité qualifiée. C'est le cas par exemple en matière de visas, d'asile et d'immigration (article 67), d'environnement (article 175) ou, après Nice, de cohésion (article 160).

34. Un autre manque de cohérence concerne les dispositions qui ont des répercussions financières importantes. La procédure budgétaire accorde une position prédominante au Parlement en ce qui concerne les dépenses non obligatoires, tandis que sa participation dans les procédures législatives débouchant sur les actes qui comportent ce type de dépenses est variable, pour ne pas dire modeste. Par exemple, les règlements relatifs aux Fonds structurels ¹² et au Fonds de cohésion (article 161) sont adoptés avec avis conforme du Parlement, mais les règlements

¹¹ Articles 42, 47 et 151.

¹² Curieusement, les règlements relatifs au Fonds social et au FEDER, qui sont complètement conditionnés par le règlement relatif aux Fonds structurels, sont adoptés par codécision tandis que celui relatif au FEOGA-orientation l'est avec avis simple.

financiers s'appliquant au budget général (article 279) avec son avis simple seulement. En revanche, les orientations et les mesures de financement des réseaux transeuropéens (article 156) ou le programme-cadre en matière de recherche (article 166) sont adoptés en codécision.

35. L'absence de système cohérent de procédures et la grande diversité de celles-ci sont des facteurs supplémentaires de complexité et d'opacité, qui ont incité certains à proposer d'établir des corrélations claires entre l'instrument juridique, la procédure de prise de décision et le type d'action à mettre en œuvre, les instruments étant classifiés non seulement en fonction de leur forme et de leurs effets, mais aussi en fonction de la procédure d'adoption. Lors des conférences intergouvernementales successives, des systèmes de hiérarchie qui prévoyaient également l'établissement de principes généraux de procédure ont été proposés sans succès. Au contraire, chacune des conférences intergouvernementales a ajouté à la complexité des procédures.

B. Les normes d'exécution ¹³

36. Dans le système du traité, la règle générale est que la compétence pour la mise en œuvre et l'application des normes législatives appartient aux États membres selon leurs règles constitutionnelles respectives, dans le respect du traité et sous le contrôle de la Commission, des juridictions nationales et de la Cour de justice ¹⁴. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que la Communauté exerce de telles compétences, en particulier quant il faut assurer une certaine homogénéité dans l'application du droit dérivé. Il convient aussi de noter que le traité, à la différence de beaucoup de systèmes nationaux, ne distingue pas entre le pouvoir *réglementaire* (pouvoir d'adopter des normes générales d'exécution des actes législatifs) et le pouvoir d'exécuter les lois par des actes individuels, les deux cas de figure étant compris dans la notion "d'exécution" au sens des articles 202 et 211 du traité CE.

¹³ Cette partie de la note concerne exclusivement le traité CE. Le titre V et le titre VI du TUE établissent des obligations d'exécution spécifiques pour les institutions et les États membres. Le titre VI en particulier prévoit des mesures d'application arrêtées par le Conseil après consultation du Parlement européen mais la pratique du Conseil s'est éloignée, avec l'accord du Parlement, de ces dispositions en conférant souvent des tâches d'exécution à la Commission et en faisant appel à des procédures de comitologie.

¹⁴ Article 10 du TCE ; Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé au traité d'Amsterdam (cf. Recueil des traités, tome I, volume I, p. 567) et déclaration n° 43 annexée à l'Acte final de la CIG d'Amsterdam relative à ce Protocole.

1. La portée des normes d'exécution

37. En ce qui concerne le pouvoir d'adopter des normes d'exécution pour les actes de droit dérivé (normes de troisième niveau) au niveau communautaire, selon le troisième tiret de l'article 202 TCE, le Conseil "confère à la Commission, dans les actes qu'il adopte, les compétences d'exécution des règles qu'il établit"¹⁵. Le Conseil peut soumettre l'exercice de ces compétences à certaines modalités. Il peut également se réserver, dans des cas spécifiques, d'exercer directement des compétences d'exécution"¹⁶.
38. Le troisième tiret de l'article 202 avait été introduit à l'époque (Acte unique) dans un souci de décharger le législateur des questions techniques ou trop détaillées dont on prévoyait qu'il serait submergé du fait de la charge de travail qu'entraînerait la législation relative au marché intérieur. Mais l'on reproche encore souvent à la législation communautaire d'être trop détaillée et trop technique. Cependant, comme on l'a indiqué dans ce qui précède, les propositions formulées lors des CIG successives pour introduire dans les traités le principe de la hiérarchie des normes¹⁷, dans le but d'alléger la technicité des normes de deuxième niveau à travers une distinction claire entre ce qui relève du "législatif" et ce qui relève de "l'exécutif", n'ont pas été acceptées.
39. En fait, les dispositions du traité permettent cependant déjà au législateur de faire de tels choix, au cas par cas. La portée des normes d'exécution est arrêtée au cas par cas dans l'acte de base. Ce sont là ou les institutions titulaires du pouvoir législatif qui déterminent si et dans quelle mesure il faut avoir recours à des normes d'exécution. Elles décident donc au cas par

¹⁵ La Cour a estimé que, dans les cas de codécision, il faut considérer que cet article vise également le Parlement.

¹⁶ La Cour a estimé que le Conseil doit même motiver de façon circonstanciée la décision de se réserver l'exercice des pouvoirs d'exécution.

¹⁷ Lors de la CIG de Maastricht, l'Italie avait proposé la hiérarchie suivante entre les actes communautaires: normes constitutionnelles, législatives, réglementaires et administratives, avec des procédures d'adoption différentes. La Commission a proposé, à la même occasion, la classification suivante: "lois", règlements, décisions, recommandations et avis. Les lois seraient adoptées selon une procédure de "codécision" entre le Parlement européen et le Conseil. La Commission serait compétente pour arrêter les règlements et décisions nécessaires à l'exécution des lois. La présidence luxembourgeoise avait présenté cette proposition à la Conférence, mais si la procédure de codécision fut effectivement introduite dans le traité, la typologie des actes n'a pas été modifiée. Une déclaration annexée au traité sur l'Union européenne prévoyait que "la CIG qui sera convoquée en 1996 examinera dans quelle mesure il serait possible de revoir la classification des actes communautaires en vue d'établir une hiérarchie appropriée entre les différentes catégories de normes". Amsterdam n'a rien adopté en la matière.

Lors de la CIG de Nice, la présidence portugaise avait proposé la notion d'acte législatif pris en codécision et limité aux règles essentielles et aux principes généraux. Les normes d'application seraient adoptées par le Conseil selon une procédure moins lourde.

cas du degré de détail et de technicité des normes de deuxième niveau ¹⁸ et ont la possibilité de limiter les actes législatifs (de deuxième niveau) aux seuls principes généraux et règles fondamentales, et de laisser les détails et les questions plus techniques aux normes d'exécution. Peut-être faudrait-il encourager le législateur à faire usage de la délégation en prévoyant un droit d'évocation (call back) qui lui permettrait de contrôler efficacement les normes d'exécution ? Pourrait-on envisager un mécanisme ¹⁹ de délégation législative en faveur de la Commission, soumis au contrôle du législateur?

40. En résumé, l'existence de deux niveaux de normes (la norme de base-deuxième niveau et la norme d'exécution-troisième niveau) n'apparaît pas clairement dans les traités ni dans la réalité du droit positif communautaire. Certains estiment qu'il est temps à présent de consacrer dans les traités une hiérarchie des normes claire et explicite. On pourrait définir dans les traités les fonctions législative et exécutive et préciser quelles institutions en sont les titulaires et dans quelle mesure; et/ou établir une distinction plus claire entre les actes législatifs et les normes d'exécution et l'expliciter dans la dénomination des actes.

2. Les modalités de contrôle

41. Le Conseil, selon l'article 202, peut "soumettre l'exercice de ces compétences [d'exécution] à certaines modalités". Ces modalités consistent à contrôler l'activité d'exécution de la Commission à travers des comités composés d'experts représentant les États membres. La norme qui régit actuellement cette matière, couramment appelée "comitologie", est la décision du Conseil du 28 juin 1999 fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission. Cette décision a remplacé celle du 13 juillet 1987.
42. Un des objectifs de la décision "comitologie" est de mettre de l'ordre dans les procédures de contrôle et d'éviter que chaque acte de droit dérivé ne puisse prévoir des modalités particulières. En fait, le libellé de la base juridique de ces règles que "le Conseil aura préalablement établies" ne laisse pas de doutes quant au caractère exhaustif de la décision. Elle rationalise et simplifie les procédures de comitologie, réduisant leur nombre à trois. Mais certains considèrent que les procédures de comitologie sont inutilement lourdes: si à l'origine,

¹⁸ Il s'agit finalement d'un système assez semblable à celui de la plupart des constitutions européennes: les domaines législatif et exécutif sont déterminés par la position prépondérante dans le processus de prise de décisions de la ou des institutions qui représentent le pouvoir législatif. Le législateur détermine quelles fonctions normatives doivent être exercées par l'exécutif, fonctions toujours encadrées par la loi et soumises au contrôle des tribunaux.

¹⁹ Similaire à ceux qui existent dans plusieurs États membres.

les modalités de contrôle de la Commission ont été introduites afin de permettre au Conseil de conférer plus souvent des fonctions législatives de troisième niveau à la Commission, et donc comme facteur de simplification, on fait souvent valoir qu'avec le temps elles sont devenues un facteur de complexité.

43. La Commission, dans son rapport sur le fonctionnement des comités en 2000, a publié la liste des comités: ils sont au nombre de 244. Au cours de l'année considérée, ces comités ont été saisis de 1742 actes et 4323 consultations de tous types ont été menées au total.
44. Il convient de noter que d'éventuelles modifications dans le domaine de la comitologie soulèvent des questions plus vastes, mais il est clair que le régime actuel est lourd, même pour les gouvernements des États membres ²⁰. Certains font dès lors valoir qu'il convient d'envisager à présent de simplifier encore les procédures de comitologie.

III. La qualité de la législation

45. Les questions évoquées dans ce qui précède n'épuisent pas la problématique de la "qualité" de la législation communautaire et de sa capacité à s'adapter à la complexité et à la rapidité des changements, surtout dans le domaine économique. Tandis que les procédures de prise de décision sont critiquées pour leur lourdeur et leur lenteur excessives, leur produit est souvent taxé de rigidité et de proximité. Ceci plaiderait, selon certains, en faveur d'une plus grande délégation au bénéfice de la Commission et des instances nationales; d'autres estiment que cela appelle une prise en compte accrue et une adaptation aux nouveaux mécanismes d'autorégulation des acteurs économiques ²¹.
46. Depuis déjà quelques années, les institutions européennes, et en particulier la Commission, mènent une réflexion sur les questions de la simplification et de la rationalisation de l'environnement réglementaire. Plus récemment, cette réflexion a reçu l'encouragement du Conseil européen qui, dans le cadre du processus de Lisbonne, a demandé aux institutions européennes et aux États membres de "définir une stratégie visant à simplifier l'environnement réglementaire, y compris le fonctionnement de l'administration publique, tant au niveau national qu'au niveau communautaire". C'est également dans ce contexte que s'inscrit le large débat sur la gouvernance ²² qui a été lancé par la Commission l'année dernière.

²⁰ Voir le rapport Poos sur la réforme du Conseil.

²¹ Voir, en ce qui concerne le secteur des services financiers, le rapport Lamfalussy, ainsi que la résolution du Conseil européen de Stockholm.

²² Voir le Livre blanc sur la gouvernance COM(2001) 428 final.

47. Parmi les points pertinents figurent notamment les suivants:

- i) dans les procédures législatives, on fait souvent valoir que la phase de préparation n'est pas suffisante du point de vue de l'impact sur les opérateurs économiques, qui préféreraient une consultation préalable plus approfondie, y compris sur le choix de la forme d'action la plus adéquate. On fait également valoir que les instruments juridiques communautaires doivent s'accompagner d'autres solutions. La méthode ouverte de coordination lancée à Lisbonne, destinée à permettre un partage des expériences, en est un exemple: la méthode de coopération volontaire, dans laquelle l'autorégulation est fondée sur la coopération entre les parties intéressées, en est un autre. Certains voient dans la corégulation un moyen de combiner les avantages de la législation (sécurité juridique et défense de l'intérêt général) à ceux de l'autorégulation, comme dans les directives dites de la "nouvelle approche", où les exigences essentielles sont définies dans une directive-cadre, les entreprises ayant le choix quant à la manière de se conformer à ces obligations;
- ii) la durée des procédures législatives est très longue. L'adoption d'une mesure législative prend en moyenne plus d'un an et demi. Quand il s'agit de directives, le délai de transposition en droit interne peut signifier jusqu'à deux années de plus. Ces délais sont difficilement compatibles avec un environnement économique qui évolue souvent très rapidement;
- iii) les actes législatifs communautaire sont souvent jugés trop détaillés, ce qui s'explique fréquemment par le fait qu'ils résultent de compromis difficiles au sein des institutions et entre elles. La transposition des directives et la mise en œuvre en général des actes communautaires dans les États membres peut donner lieu à des complexités, des divergences et des retards supplémentaires. La Commission élabore actuellement une proposition concernant une méthode de concertation avec les États membres afin d'améliorer l'application de la législation, d'éliminer les incohérences, mais aussi et surtout de faciliter son adaptation aux changements économiques ou techniques. Entre autres, les États membres pourraient être invités à produire des tableaux périodiques de concordance des mesures nationales avec la législation communautaire;

- iv) l'évaluation et la révision des actes existants sont considérées comme un autre chantier de l'action coordonnée de la Commission, des administrations nationales et des opérateurs économiques et sociaux. On examine actuellement l'introduction dans les actes normatifs d'un mécanisme de révision (clause de limitation ou dans le temps - sunset clause), sous forme d'échéance pour la révision de l'acte.

48. Il convient de faire mention également des efforts entrepris depuis longtemps pour refondre et codifier le droit communautaire. Des initiatives visant à simplifier la législation existante dans le domaine agricole et du marché intérieur (initiative SLIM) sont en cours depuis un certain nombre d'années. Les progrès sont lents.

=====

IV. Pistes de réflexion suite au débat au sein de la Convention

49. La Convention s'est penchée sur les questions qui font l'objet de cette note notamment lors de sa réunion plénière des 23 et 24 mai 2002. Les considérations, souhaits et critiques exprimés par les conventionnels permettent de dégager certaines pistes de réflexion:

Le catalogue d'instruments dont disposent l'Union et la Communauté: forme et effets

Faut-il simplifier et rationaliser les instruments juridiques?

- 50. Une grande majorité des conventionnels a critiqué la prolifération excessive des instruments dont dispose l'Union pour l'exercice de ses compétences. Ils ont insisté sur le besoin de rationaliser ces instruments en les redéfinissant, en les simplifiant, en réduisant leur nombre mais aussi en réexaminant leur dénomination actuelle
- 51. En critiquant la structure en piliers des traités actuels, nombreux ont été les conventionnels qui se sont manifestés en faveur d'une uniformisation des instruments dans les trois piliers ou, au moins, dans le premier (communautaire) et le troisième (coopération en matière pénale), là où l'inadéquation des instruments a été mise en relief par beaucoup des conventionnels. En ce sens, la nécessité de préserver les caractéristiques uniques du droit communautaire et de ses instruments, et notamment la primauté et l'effet direct, a été évoqué.

Faut-il cataloguer les instruments selon l'intensité de l'action de l'Union?

52. L'excès de détail qui caractériserait souvent la législation communautaire a fait l'objet de maintes critiques. Par ailleurs, un recours plus fréquent à la législation-cadre a été préconisé. Il conviendrait, selon quelques conventionnels, d'établir une classification des types d'intervention de l'Union axée sur leur intensité (réglementation d'application uniforme, harmonisation complète ou minimale, reconnaissance mutuelle, coordination contraignante ou "ouverte"). Par contre, de nombreux conventionnels pensent qu'il ne serait pas possible d'établir une corrélation entre les types d'instruments juridiques (règlement, directive, décision...) et les catégories de compétences (exclusives, partagées, complémentaires) ou l'intensité de l'action de l'Union. En effet il peut s'avérer nécessaire, par exemple, d'utiliser des règlements pour procéder à la reconnaissance mutuelle ou pour un modeste programme financier.
53. Quelques uns ont proposé de changer la dénomination des instruments afin de mieux exprimer leur caractère (les dénominations "loi" et "loi-cadre" ont été évoquées à titre d'exemple).

Le modus operandi des institutions

Les procédures actuelles, assurent-elles la légitimité, l'efficacité et la transparence de la prise de décision? Faut-il les simplifier?

54. Des nombreux conventionnels ont souhaité des améliorations substantielles quant à l'efficacité et à la légitimité des procédures de prise de décision au sein de l'Union. Dans ce sens, plusieurs ont souligné la nécessité de simplifier les procédures (et notamment de limiter leur longueur) et d'en réduire le nombre.
55. D'autres ont cependant noté que l'objectif de la simplification connaîtrait forcément des limites au sein d'une Union caractérisée par la diversité et qu'il conviendrait de maintenir l'originalité de son processus décisionnel, le but primordial devant être plutôt de rendre les procédures plus transparentes et compréhensibles pour les citoyens.

Quels éléments des procédures faut-il modifier?

56. Plusieurs conventionnels ont plaidé en faveur d'une extension du vote à la majorité qualifiée. Selon certains l'unanimité pourrait être remplacée par le recours à une majorité surper-qualifiée.
57. Une large majorité de conventionnels a plaidé pour un renforcement de l'élément parlementaire dans les procédures de décision au sein de l'Union. A cet égard, certains ont évoqué le besoin d'un rôle accru des Parlements nationaux dans cette procédure, d'autres la nécessité de renforcer les pouvoirs du Parlement européen notamment à travers l'extension, voire la généralisation, de son rôle en tant que co-législateur.
58. La question du maintien des prérogatives de la Commission en matière d'initiative législative a été également abordé par les conventionnels. Certains conventionnels se sont exprimés en faveur de l'octroi du pouvoir d'initiative au Parlement européen, quelques uns souhaitant même qu'il soit étendu aux Parlements nationaux et/ou au Conseil. Cependant, d'autres conventionnels ont rejeté ces propositions en défendant le maintien du droit d'initiative exclusif de la Commission.

Faut-il établir une hiérarchie des normes plus claire? Est-il nécessaire de distinguer de manière plus précise ce qui relève du législatif et ce qui relève de l'exécutif?

59. La Convention a entendu nombre de ses membres s'exprimer en faveur de l'établissement d'une hiérarchie des normes plus claire. Dans ce contexte certains ont préconisé la création des "lois organiques" en tant que nouvel instrument réservé aux dispositions de nature quasi-constitutionnelle.
60. Quelques uns ont estimé également nécessaire d'instaurer une véritable séparation des pouvoirs. A cet égard, le besoin de distinguer davantage les normes législatives des normes d'exécution a été affirmé.

61. La complexité et l'opacité du système actuel de la "comitologie" devraient être corrigées. Certains se sont exprimés en faveur d'une réduction considérable du nombre de comités ainsi que d'une plus grande transparence de leurs travaux. D'autres ont préconisé le renforcement ou la création de nouveaux mécanismes de contrôle du législateur sur l'activité d'exécution de la Commission.

La qualité de la législation

Comment améliorer la qualité de la législation?

62. Un certain nombre de conventionnels s'est penché sur l'importance de la qualité de la réglementation. Plusieurs questions ont été évoquées dans ce contexte et en particulier le besoin d'intensifier la consultation des milieux intéressés tout au long du processus législatif ainsi que l'importance du rôle des associations et des organisations représentatives des milieux intéressés en tant "qu'interface" entre les citoyens et les acteurs politiques.
63. Selon certains conventionnels il faudrait recourir plus souvent à des méthodes "d'auto-régulation" par les secteurs concernés eux-mêmes ou de "co-régulation" par la collaboration entre ces secteurs et les autorités publiques afin d'alléger le processus décisionnel dans certains domaines. Pour d'autres de nouvelles méthodes d'action telles que la coordination ouverte devraient être ancrées dans les traités.
64. Selon plusieurs conventionnels le Conseil et le Parlement européen devraient suivre l'exemple de la Commission et s'associer à sa stratégie visant l'amélioration de la qualité de la réglementation.

*

* *

65. Les conventionnels ont en définitive exprimé une perception de désordre dans les instruments dont disposent l'Union et la Communauté pour réaliser leur tâches, ce qui conduit à se poser des nombreuses questions:

Simplifier et clarifier les instruments

- *Un tel nombre d'instruments est-il nécessaire? Faut-il cataloguer dans une seule disposition et de manière exhaustive les instruments dont dispose l'Union avec une définition précise de leur portée juridique? Faut-il inscrire dans les traités et par conséquent clarifier les effets de certains instruments consacrés par la pratique des institutions ?*
- *Un tel catalogue doit-il uniformiser les instruments des trois piliers et leurs effets juridiques? Serait-il au moins envisageable d'harmoniser les instruments de la JAI avec ceux du pilier communautaire ?*
- *Doit-on établir une corrélation entre les instruments juridiques et l'intensité de l'action de l'Union /Communauté? Ou faut-il les classifier en fonction des différents types de compétences ? Faut-il plutôt rechercher un lien entre certaines types d'intervention et l'intensité de l'action?*
- *Faut-il modifier la dénomination des instruments pour mieux faire comprendre leurs effets et leur portée? Serait-il utile de prévoir une dénomination particulière pour les normes d'exécution?*
- *Serait-il envisageable de limiter dans les traités les actes législatifs aux seuls principes généraux et règles fondamentales, de manière à laisser les détails et les questions plus techniques aux normes d'exécution ? Faudrait-il plutôt encourager le législateur à faire usage plus souvent de la délégation des fonctions normatives en faveur de la Commission en prévoyant un droit d'évocation qui lui permette de contrôler efficacement les normes d'exécution ?*
- *Doit-on envisager de simplifier encore les procédures de comitologie ? Jusqu'à les réduire aux seules fonctions consultatives ?*

Améliorer les procédures d'adoption des instruments juridiques

- *Peut-on envisager de réduire le nombre de procédures voire de les simplifier ? Des règles générales devraient-elles être prévues ? Faut-il généraliser le vote à la majorité qualifiée ? La codécision ? Quelles matières resteraient réservées à l'unanimité et en fonction de quels critères ? Faudrait-il prévoir à la place de l'unanimité une majorité super qualifiée pour certaines matières sensibles ?*
- *Serait-il utile de définir dans les traités les fonctions législative et exécutive et préciser quelles institutions en sont les titulaires et, ce, dans quelle mesure ? Est-il nécessaire d'envisager une distinction plus claire entre les actes législatifs et les normes d'exécution et de l'expliciter dans la dénomination des actes ? Est-il envisageable de consacrer dans les traités une hiérarchie des normes claire et explicite ?*
- *Dans le cadre d'une telle hiérarchie, faut-il établir une corrélation entre les procédures de prise de décision et les différents niveaux des normes ? Faudrait-il classifier les instruments juridiques non seulement en fonction de leur forme et effets mais aussi de la procédure d'adoption ?*

La qualité de la réglementation

- *Comment l'environnement réglementaire peut être amélioré ? Faut-il privilégier le recours aux mécanismes informels utilisés déjà dans la pratique ? Ou faut-il envisager des réformes plus profondes des traités ? Doit-on inscrire dans les traités certains de ces mécanismes informels ?*